

THÈSE DE
DIJON.
1885
N^o. 3.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

LES
RÉCUPÉRATEURS
(DROIT ROMAIN)
L'INSTITUTION CONTRACTUELLE
(DROIT FRANÇAIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Lundi 19 Janvier 1885

PAR

Victor SAVEROT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LES
RÉCUPÉRATEURS

(DROIT ROMAIN)

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

(DROIT FRANÇAIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Lundi 19 Janvier 1885

PAR

Victor SAVEROT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Sous la présidence de M. GUENÉE, *professeur*.

SUFFRAGANTS { MM. RENARDET, *professeur*.
WEISS, *agrégé*.
LOUIS LUCAS, *agrégé*.

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

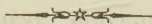
Place Darcy, 9

MEIS

MAGISTRIS ET AMICIS

LES RÉCUPÉRATEURS

(DU JUDICIUM RECUPERATORIUM)



CHAPITRE I^{er}

Son origine. — Idée que les Romains des premiers temps se faisaient
du droit des gens.

Les idées religieuses ont dominé et pénétré profondément les institutions politiques et législatives des peuples antiques; dans la vie publique, dans la vie civile et juridique, on fait sans cesse intervenir la divinité, l'on s'adresse à elle pour avoir le secret de toute chose. Les pontifes, seuls versés dans la science des rites, confectionnent les lois et rendent la justice; comme ils sont inspirés des lumières d'en haut, comme ils connaissent les exigences formalistes du vieux culte et savent implorer les dieux, ils sont, dans ces temps primitifs, les plus aptes à gouverner les hommes, ils sont obéis et respectés par tous.

Cette organisation n'a rien qui doive nous étonner, elle

était sage et sensée ; nous en avons la preuve dans ce passage d'un grand esprit et d'un publiciste que nous croyons bon de citer : « Nos aïeux, dit Cicéron (1), n'ont » jamais été plus sages ni mieux inspirés des dieux que » lorsqu'ils ont décidé que les mêmes personnes préside- » raient à la religion et gouverneraient la république. » C'est par ce moyen que magistrats et pontifes remplis- » sant leurs charges avec sagesse s'entendent ensemble » pour sauver l'Etat. »

Le *judicium recuperatorium* ayant une origine fort ancienne n'a pas pu échapper à l'influence des idées religieuses ; il présente à son début ce caractère sacré que l'on rencontre dans les procédures primitives ; il n'est à son berceau, comme nous le verrons plus loin, qu'une application du droit religieux des peuples entre eux ; ce sont les dieux de plusieurs cités qui se réunissent pour faire la loi, punir la fraude, entourer de leur protection les citoyens des cités alliées...

M. Fustel de Coulanges débute en nous prônant la nécessité d'étudier les plus vieilles croyances des anciens pour connaître leurs institutions ; nous aurons à nous demander et à exposer brièvement les idées que les Romains se faisaient de la divinité. N'oublions pas que la loi fut d'abord un texte sacré, et rappelons-nous le langage d'Ulpien au début des Institutes : *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*.

« Il ne faut pas perdre de vue, dit M. Fustel de Cou- » langes (2), que chez les anciens ce qui faisait le lien de » toute société, c'était un culte. De même qu'un autel » domestique tenait groupés autour de lui les membres

(1) *Pro Dom.*, I, traduction de M. Gaston Boissier.

(2) *La Cité antique*, p. 170.

» d'une famille, de même la cité était la réunion de ceux
» qui avaient les mêmes dieux protecteurs et qui accom-
» plissaient l'acte religieux au même autel. »

Chaque cité de l'Italie avait ses dieux particuliers; leur compétence en fait de protection et de toute-puissance était resserrée dans les étroites limites déterminées par les murs d'enceinte. Comme l'a parfaitement prouvé M. Gaston Boissier, on ne vit jamais une conception plus fausse de la divinité; ces antiques religions du Latium n'étaient que de mesquines et puériles superstitions. Chaque peuple entrevoyait l'importance de ses dieux à travers un prisme grossissant; il se laissait volontiers entraîner à railler les dieux des voisins; il les croyait peu redoutables et même faibles d'esprit quoiqu'il ne fût pas toujours pleinement rassuré à leur égard; il frappait volontiers d'ostracisme les citoyens d'un autre Etat qui honoraient d'autres dieux; cependant il redoutait toujours quelque peu ces divinités étrangères.

Les codes, d'après le témoignage de l'auteur du *de Legibus*, sont dans ces temps reculés des livres sacrés; droit et religion cela ne fait qu'un; le droit étant religieux, le pontife est jurisconsulte; être prêtre, alors, ce n'est pas seulement sacrifier à l'autel, c'est rendre la justice, interpréter les lois; on constate dans le même personnage la confusion du sacerdoce et de l'autorité politique.

Chaque cité s'individualise par un culte spécial qui lui est propre, et, par conséquent, par un droit différent; ces cités isolées que ne relie aucun lien, qui honorent chacune des dieux particuliers, qui varient par les usages et les coutumes, ont-elles su reconnaître et sanctionner entre elles certains rapports juridiques? Ont-elles eu l'idée de relations internationales? En d'autres termes, Rome et les cités italiennes et surtout les villes du Latium, ont-elles

observé et reconnu certaines règles primordiales du droit des gens ?

Nous n'hésitons pas à répondre que Rome et les cités italiques, dès les époques les plus lointaines qui nous ont été révélées et éclairées par l'histoire et les textes des jurisconsultes, n'ont pas été étrangères à toute idée de droit des gens. Cette triste et détestable maxime, que la force prime le droit, ne fut nullement, comme on serait tenté de le croire, la règle dominatrice des relations internationales entre les Etats à cette époque d'une civilisation encore dans l'enfance.

Cicéron s'efforce de rappeler à ses contemporains le respect des anciens Romains pour les nations ennemies (1); de même l'un des plus grands publicistes modernes dans l'étude du droit des gens, Grotius (2), n'hésite pas à adopter cette thèse, apportant à l'appui de sa manière de voir un passage de Plutarque (3) où l'historien proclame la sage modération de Rome à l'égard des étrangers...

De nos jours, il est vrai, deux maîtres illustres ont opposé à cette opinion leur érudition et leur haute autorité (4); ils se refusent à reconnaître que les Romains aient admis plusieurs règles du droit des gens; mais ils ne citent aucun texte, ils ne donnent aucune preuve positive extraite des écrits des jurisconsultes ou du récit des historiens; ils allèguent simplement que ces cités primitives ne connaissaient en fait de droit international que le prestige de la force militaire et le succès du plus habile à la guerre.

Dans son étude sur les traités publics en Grèce et à

(1) *De Officiis*, III, 2.

(2) *De Jure belli aut pacis*, II, 23, 4.

(3) *Numa*, 12.

(4) Laurent, t. III, p. 9, *Histoire du droit des gens*. — Accarias, t. I, p. 6, *Précis de droit romain*.

Rome, M. Egger fait ressortir l'action de la diplomatie et les idées d'humanité et de respect du droit des autres Etats alors pratiquées ; avant de se combattre, on tâche de s'entendre.

Sans doute, le droit des gens, pas plus que ne l'était le droit civil à son origine, n'est pas encore réduit complètement en axiomes scientifiques, ses règles sont alors peu nombreuses, on n'en a qu'une conception quelque peu imparfaite ; mais il est né dès les premiers temps de la fondation de Rome et il saura subsister jusqu'à la fin de la république, les textes précisent et affirment son existence.

C'est la religion qui l'a créé, car c'est à elle que l'on doit le droit fétial et ses principes, et les Romains s'en montrent les scrupuleux observateurs.

L'institution des Fétiaux, parfaitement mise en lumière par de récents travaux, veille à ce que la guerre ne soit déclarée que lorsqu'elle est juste ; elle est créée pour maintenir la bonne entente des Etats ; son organisation, son but, ses agissements sont la preuve la plus éclatante que l'on ne méconnaissait nullement le droit des gens.

Les traités conclus entre Rome et les cités voisines, tel est le droit des gens de l'époque, telle est sa codification. Au dire de Tite-Live (1), de Polybe, de Denys d'Halicarnasse, ces traités sont strictement mis en pratique, et l'on se montre plein d'égard vis-à-vis des ambassadeurs étrangers.

Le texte suivant du Digeste confirme ces assertions (2) ; le langage si clair, si précis du jurisconsulte Pomponius (lib. XXXVII, *ad Quintum Mucium*) que nous rapportons,

(1) Tite-Live, liv. XLII, XXX, VIII.

(2) Loi 17, *de Legationibus*.

démontre avec une entière évidence que les Romains ont connu le droit des gens...

« Si quis legatum hostium pulsasset, *contra jus gentium*
» id commissum esse existimatur : quia *sancti habentur*
» *legati* : et ideo, si cum legati apud nos essent gentis
» alicujus bellum cum eis indictum sit? Responsum est
» liberos eos manere : *id enim juri gentium conveniens*
» esse, itaque cum qui legatum *pulsasset*, Quintus Mucius
» dedi hostibus, quorum erant legati solitus est respon-
» dere. »

Cependant, n'exagérons rien, et précisons avec soin les notions encore bien imparfaites et peu nombreuses du droit des gens de l'époque. « Les premiers Romains » entourés de peuples aussi puissants ou plus puissants » qu'eux, reconnaissaient donc l'égalité de diverses nations » et le droit de chacune à l'indépendance (1). »

Nous prenons note de cet aveu qui est en contradiction formelle avec l'idée émise ailleurs par le savant interprète, que les Romains ont ignoré le droit des gens. Ces quelques mots résument parfaitement l'état des relations internationales que nous nous efforçons de mettre en évidence.

Quelle était donc au juste la portée, l'étendue du droit international de l'époque ? Le voici :

Pour régler les rapports de droit des gens de Rome et d'une cité quelconque déterminée, il faut se demander si, oui ou non, il est intervenu entre les Romains et cette cité, un traité.

Si aucun traité n'a été conclu, et, il faut le reconnaître, c'était le cas le plus fréquent, Rome s'inspire dans ses rapports avec la cité étrangère de cette maxime qu'il faut bien comprendre : *Adversus hostem æterna auctoritas esto*.

(1) Accarias, t. I, p. 92, 3^e édition.

Cela veut dire que Rome refuse aux sujets de cette cité tout droit vis-à-vis d'elle ; mais elle ne demande pas plus qu'elle ne donne ; dans la réciprocité, elle s'inspire de la justice, et elle n'hésite pas à permettre à ces étrangers tout ce qu'elle-même se croyait permis à leur égard ; la loi suivante du Digeste confirmera ces affirmations : « Nam » si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, » neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes » quidem non sunt : quod autem ex nostro ad eos perve- » nit, illorum fit, et liber homo noster, ab iis captus, » servos fit eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid » perveniat (1). » (Pomponius, lib. XXXVII ; *ad Quintum Mucium.*)

C'est l'application exagérée et due à une déduction logique par trop excessive de ce principe excellent et incontestable que les différents Etats sont égaux entre eux et indépendants. Un traité, il est vrai, venait quelquefois atténuer ces conséquences extrêmes que l'on avait tirées avec trop de rigueur d'une idée fort juste.

Dans l'hypothèse d'un traité intervenu entre Rome et une cité voisine, on sortait de cet isolement par trop absolu ; les relations internationales étaient singulièrement facilitées. Le texte d'un traité fort ancien que nous citerons plus loin, montrera quelle extrême et intelligente bienveillance, quelles notions de droit et de justice présidaient alors aux relations internationales des deux Etats contractants...

(1) Loi 5, p. 2, *de Captivis et postliminio reversis.*

CHAPITRE II

Les traités entre Rome et les nations étrangères. — Ils ne sont pas tous de même nature. — Célèbre convention de 261. — Alliance des Romains avec les Latins et plusieurs autres peuples. — Relations juridiques des cités confédérées. — *L'isopolititia*, le droit de *municipium*. — On établit la juridiction internationale des récupérateurs.

Nous serons plus d'une fois, dans le cours de cette étude, obligés de faire appel à l'histoire ; plus d'une fois le témoignage de quelque écrivain des annales de Rome nous éclairera dans nos recherches. Denys d'Halicarnasse, Tite-Live, si étonnant de lucidité, si merveilleux de précision et d'exactitude dans ses récits, nous permettront de faire la lumière sur plus d'un point. A ceux qui voudraient contester l'autorité de ces auteurs et autres historiens dans l'étude d'une institution juridique, à ceux qui écarteraient leur compétence en semblables matières parce qu'ils ne sont pas jurisconsultes, parce qu'aucun livre de textes, ni le Code ni le Digeste, n'a recueilli ce qu'ils nous disent, nous répondrons que tout Romain savait par cœur les lois de son pays. Le droit n'étant pas à Rome, comme chez nous, une connaissance de privilégiés peu nombreux, on ne saurait raisonnablement refuser toute autorité dans les choses législatives à des esprits aussi éminents, qui tous avaient dans leur jeunesse étudié la science des lois et avaient été liés à la parole de quelque jurisconsulte

fameux. La méthode des derniers auteurs contemporains les plus célèbres nous a de ce chef dépouillé de tout scrupule (1); pour construire leurs commentaires les plus vantés, pour étayer leurs assertions les plus neuves, ils ont puisé à des sources purement littéraires que personne n'oserait désavouer. Afin de rasséréner les délicatesses de conscience des jurisconsultes les plus justement jaloux de leur science, nous leur rappellerons ces mots qu'ils n'ont certainement pas oubliés d'un maître qui sut penser et écrire sur le droit romain : « Tout historien devrait » être jurisconsulte, et tout jurisconsulte devrait être historien (2). » Cette idée nous tranquillise et nous fait espérer que nous n'aurons pas trop démerité de la science juridique en livrant à l'impression ces lignes que nous avons écrites par devoir.

La physionomie des cités du Latium, l'état de la civilisation, le degré de culture juridique de l'époque, l'étude comparée des institutions, les traités qui ne sont que les chartres du droit international et des juridictions du droit des gens, telles sont les sources de la vérité qu'il nous semble devoir approfondir, et qui nous révéleront le secret de l'origine de la juridiction des récupérateurs. Nous espérons atteindre la preuve elle-même et non de simples conjectures.

Les besoins sont alors peu nombreux, les échanges peu fréquents, toute barbarie n'est pas absente des mœurs; comme on n'a que de rares occupations et que l'on est violent, l'on se fait sans cesse la guerre. Ces tribus que ne rattache aucun lien, ces cités qui vivent dans une sorte d'isolement, s'adonnent à des luttes continuelles, s'effor-

(1) MM. Ch. Giraud et Accarias.

(2) Ortolan, t. I, p. 153, 11^e édition.

çant de soumettre le plus faible. Les puérides croyances de l'époque interviennent avant comme pendant le combat. On observe des rites, on récite des formules, on ne se fait pas faute d'invocation.

« Les religions étant nationales, dit l'éminent écrivain
» de la religion romaine, quand les peuples étaient en
» guerre, il pouvait bien y avoir une certaine mésintelli-
» gence entre leurs dieux ; comme chacun d'eux prenait
» naturellement parti pour ses adorateurs, on supposait
» qu'ils les aidaient de leur puissance et que même ils
» paraissaient quelquefois dans la mêlée ; mais ils n'y
» venaient que comme alliés et auxiliaires, ce n'était pas
» pour eux et en leur nom qu'on se battait, leur intérêt
» n'a jamais armé les hommes entre eux. Les nations
» antiques, à l'exception des Egyptiens, n'ont pas connu
» les guerres de religion. Il n'était donc pas dans les
» principes des religions antiques de vouloir se détruire
» entre elles et se remplacer l'une par l'autre.

» Les Romains se gardaient bien de renverser les
» temples, de proscrire les dieux des nations vaincues ; et
» ce n'était pas seulement, comme on l'a dit, par modéra-
» tion ou par politique qu'ils agissaient ainsi, leurs scru-
» pules religieux eux-mêmes leur en faisaient un devoir.
» Ces dieux, s'ils les maltrahaient, pouvaient devenir mal-
» faisants. Sans doute ils les regardaient comme inférieurs
» à ceux de Rome, puisque leur secours n'avait pas sauvé
» le peuple qui s'était mis sous leur protection, mais ils
» pouvaient être redoutables encore si on les poussait à
» bout, et la prudence ordonnait de les ménager. Les divi-
» nités dont les Romains héritaient ainsi après la victoire
» étaient bien traitées, malgré leur origine étrangère. Ce
» n'était donc pas par haine ou par mépris que les Romains
» transportaient quelquefois chez eux les dieux des nations

» vaincues (1), c'était au contraire par respect et pour se
» procurer quelques protecteurs de plus. »

Lorsque la *deditio* du vaincu ne vient pas mettre fin aux hostilités, un traité stipulé solennellement (*fœdus*) intervient entre les deux peuples belligérants. On ne pouvait conclure ces traités qu'après l'accomplissement du formalisme imposé par le rituel du droit fétial, et plus d'un texte affirme qu'ils ne pouvaient être décidés que du commun accord du Sénat et du peuple romain (2). C'est alors un traité de paix proprement dit; les clauses (*leges*) en sont variables suivant que la fortune avait plus ou moins favorisé les combattants de l'une ou de l'autre nation. « De » même que, pendant la guerre, les dieux s'étaient mêlés » aux combattants, ils devaient aussi être compris dans » les traités (3). » Aussi Festus croit-il devoir faire dériver l'expression *ferire fœdus* (faire un traité) du sacrifice d'une victime immolée avec un caillou par le *pater patratus* qui dans la conclusion du traité invoque la divinité.

La guerre, elle aussi, a dû être votée par le Sénat et soumise à la ratification du peuple; mais, tandis que les *comitia tributa* décident de la paix et des traités, ce sont les *comitia centuriata* (4) qui sont appelés à prononcer sur les luttes à entreprendre. Sénatus-consulte, plébiscite, nomination d'envoyés, telles sont les trois conditions imposées.

Le but de certains traités était de faire cesser tout conflit à main armée entre les deux pays, soit pour un temps plus ou moins long, soit à perpétuité. D'autres devaient établir, indépendamment de toute guerre, la bonne har-

(1) Voir les pages 376, 377, 378.

(2) Liv. XXI, 18; liv. XXXII; liv. I, 24.

(3) Page 247, *la Cité antique*.

(4) Liv. XXIX, 12, de Tite-Live.

monie et quelquefois même la sujétion entre les contractants : donc, deux espèces principales de traités.

En dehors de toute guerre, interviennent des traités d'alliance qu'un peuple qui sollicite l'appui de la république conclut avec les Romains. L'alliance offensive et défensive, *ut eosdem amicos atque inimicos fœderati haberent* (1), est consacrée entre les deux cités par les *fœdera æqua*. Les *fœdera minus æqua* établissaient une sorte de prépondérance en faveur de Rome sur l'autre Etat contractant ; d'ordinaire, on y lisait ces mots : « *Ma-* » *jestatem populi romani comiter conservanto* » qui sont ainsi interprétés par Cicéron : « *Quæ verba imperantis* » *sunt, non precantis : cum enim alterius populi majestas* » *conservari jubetur, de altero siletur, certe ille populus* » *in superiore conditione causaque ponitur, cujus majes-* » *tas fœderis sanctione defenditur* (2). » Un texte du jurisconsulte Proculus que nous citerons plus loin vient confirmer ces assertions (3).

Les Etats qui se liaient par un *fœdus iniquum* se trouvaient à l'égard de Rome dans la plus complète dépendance. Aulu-Gelle nous parle aussi des *induciæ* qu'il caractérise, dans un style incisif, par ces brèves et heureuses expressions : « *Bellum manet, pugnat cessat* (4). » Il s'agit d'armistices variables dans leur durée, de paix à échéances fixes ; les hostilités recommencent après leur expiration.

Une convention fort ancienne qui fut célèbre dans l'histoire de Rome, le traité de l'an 261, intervint entre les Latins et le peuple romain. L'on décide que l'égalité

(1) Liv. XXXIV, 57 ; XXXVII, 1.

(2) *Pro Balbo*, 16.

(3) Digeste, loi 7, p. 1, *de Captivis*.

(4) Aulu-Gelle, *N. att.*, I, 25.

régnera entre les deux peuples, et c'est à Rome que le consul Spurius Cassius jure sur les autels l'alliance avec les Latins. L'historien Denys d'Halicarnasse nous en a conservé le texte (1). Nous le reproduisons ; Niebuhr l'a traduit en allemand et le conseiller de Golbéry a su l'interpréter dans notre langue : « Il y aura paix entre les » Romains et les Latins tant que le ciel et la terre seront » à leur place. Nul des deux peuples ne fera d'invasion » chez l'autre ; nul n'appellera l'étranger ni ne lui accordera passage pour attaquer son allié. Si l'un des deux » peuples est frappé d'une calamité ou souffre un dommage, l'autre lui donnera fidèlement protection, secours, » assistance. Ils partageront également le butin et ce » qu'ils auront conquis en commun. *Quant à ce qui* » *concerne les plaintes des particuliers, elles seront jugées* » *dans les dix jours et dans le pays où l'affaire aura été* » *conclue.* Il ne doit rien être ajouté à ce traité, il n'en » doit rien être retranché que du consentement commun » des Romains et des Latins (2). » « Prisci Latini, nous » dit Pline, quibus ex fœdere tertias prædæ populus romanus præstabat (3). »

Au dire de Niebuhr (4), Denys mentionne un autre traité tout semblable avec les Herniques (5). Le traité de l'an 261 conférait à l'Etat latin *l'indépendance et l'égalité*, Rome était liguée avec le Latium ; sept années plus tard, l'an 268, elle conclut son alliance avec les Herniques. (Niebuhr, t. V, p. 121.) Ce fut le même Spurius Cassius qui, en qualité de consul, stipula chacune de ces conven-

(1) Denys d'Halicarnasse, 6, 95.

(2) Niebuhr, *Histoire romaine* (traduction de de Golbéry), t. V, p. 52.

(3) Pline, XXXIV, 2.

(4) Niebuhr, t. V, p. 57 et 112.

(5) Denys d'Halicarnasse, VIII, 77.

tions ; les clauses de toutes deux furent identiques. Les trois peuples traitent en commun et sur un pied d'égalité, et quand ils marchent à l'ennemi ensemble, chacun des trois prend un tiers du butin et des terres conquises. Pline, dans le passage que nous venons de citer, nous fournit les mêmes détails.

Au dire de Tite-Live, ce fut l'année même de la réconciliation des patriciens et des plébéiens que fut jurée cette éternelle alliance des Romains et des Latins. Niebuhr délimite géographiquement l'Etat latin, mais cela ne saurait rentrer dans notre cadre ; le grand érudit allemand, s'appuyant sur Denys et Tite-Live (1), nous énumère les trente cités qui conclurent l'alliance, nous en donne les noms dont plusieurs sont bien peu connus et qu'il nous paraît fastidieux de reproduire ici (pages 22, 24, 25, t. V de l'*Histoire romaine*). La liste de ces villes se trouvait dans le traité d'alliance avec tous les Latins ; et, à l'époque de la jeunesse de Cicéron, on pouvait encore lire ce document gravé sur une table conservée derrière les rostrs. « Cum » latinis omnibus fœdus ictum — Sp. Cassio, Post. Comi- » nio cons. — nuper in columna ænea meminimus post » rostra incisum et perscriptum fuisse, » nous dit Cicéron. (*Pro Balbo*, 23, 53.)

Quels liens juridiques vont désormais rattacher ces cités l'une à l'autre ; quels droits se reconnaissent entre eux les citoyens de ces diverses villes ?

L'étude approfondie de la structure de la fédération va nous permettre une réponse qui nous semble devoir pleinement satisfaire l'esprit ; cela nous conduira à l'étude intime de la juridiction des récupérateurs ; alors seulement nous pourrons mettre en lumière les besoins auxquels

(1) Tite-Live, 11, 22.

elle fut appelée à satisfaire, son incontestable utilité, et par suite les règles auxquelles elle fut nécessairement soumise. Souvent la meilleure manière de se rendre compte d'une institution peu connue, c'est d'étudier le milieu où elle fut appelée à fonctionner. L'érudition allemande nous sera plus d'une fois d'un bien grand secours, plus d'une fois nous demanderons aux jurisconsultes d'outre-Rhin, Huschke, Collmann, Sell, des éclaircissements et des lumières, souvent ils seront nos guides.

» Regardez, dit M. Fustel de Coulanges, les institutions
» des anciens sans penser à leur croyance, vous les trou-
» vez obscures, bizarres, inexplicables. Mais en regard de
» ces institutions et de ces lois, placez les croyances, les
» faits deviendront aussitôt plus clairs, et leur explica-
» tion se présentera d'elle-même (1) ».

Les lois qui régissent de simples intérêts privés sont, nous le savons déjà, des textes sacrés; ces antiques traités sont aussi des lois, les historiens et les jurisconsultes se servent du mot *leges* pour les désigner; mais ces textes de droit public, ces codes du droit des gens de l'époque, ont quelque chose de plus élevé que les lois ordinaires; ils sont plus vénérés et plus augustes. « *Fœdus illud*, dit
» Collmann au sujet du traité de 261, *magis deorum quam*
» *hominum erat conjunctio*, *quæ ab illis solis frangi pote-*
» *rat*, atque si quis *nefarie leges sacras contemnere ausus*
» *esset*, *quia deorum gratiam a republica averteret*, *om-*
» *nium civium execratio eum prosequeretur et deorum*
» *ira profligeret* (2). » Ce traité semblait consacrer plutôt l'alliance des dieux que celle des hommes; seuls les dieux pouvaient y mettre fin, et si quelque citoyen se fût

(1) Page 3, *la Cité antique*.

(2) Sect. III, p. 17, de *Judicio recuperatorio commentatio*.

permis l'impiété de mépriser ces augustes lois, comme il privait la république des faveurs célestes, chargé de l'exécration de tous, il se fût attiré les foudres des dieux.

Aux yeux de ces citoyens composant la fédération, de ces *fœderati*, comme les appellent justement les interprètes allemands qui commentent en latin, ce n'est pas un mince privilège que de pouvoir quelquefois sacrifier à un même autel ; tous ces immortels qui s'associent pour accroître leur divine puissance seront plus à même d'exaucer les hommes.

Ce n'est pas tout ; ces cités alliées acquièrent mutuellement ce que les Grecs nomment *ισοπολιτείας*, c'est-à-dire une certaine participation réciproque à certains droits, « *civitates fœderatæ*, nous dit Collmann, *jurium complexum invicem acquisiverunt*. » Comme l'a parfaitement démontré Niebuhr, ces cités indépendantes et libres voulaient pour l'avenir éviter les guerres, soumettre à des principes de justice les réclamations que se permettait le citoyen d'une cité vis-à-vis d'un autre citoyen faisant partie d'une cité différente, enfin prévoir et régler pacifiquement les conflits internationaux des cités entre elles. Il ne fallait plus laisser l'arbitraire régner en maître dans la solution de ces contestations. Sans abdiquer son indépendance, on veut désormais s'en rapporter dans toute difficulté d'intérêt privé ou public, à des juges nommés d'après des règles fixes offrant à tous des garanties égales de bonne justice. Ajoutons en outre avec Collmann : « *Lex vero* » *ipsa isopolititia* *civibus omnia jura tribuit, quæ incolæ aut* » *interveniente patrono aut nunquam exercere poterant,* » *et ad quæ pertinent connubium, commercium, civium* » *immunitates, neque jus suffragii et honorum* (1). »

(1) *De Judicio Romanorum recuperatorio commentatio*, p. 14.

Analysons les clauses de ce traité de 261 si justement qualifié d'équitable ; ce texte, dont l'authenticité ne saurait être sérieusement contestée, est une objection dont ne peuvent raisonnablement pas se débarrasser les interprètes qui déniaient gratuitement à l'antique Rome la connaissance et le respect de certaines règles du droit des gens. Les Romains et les Latins, c'est-à-dire les citoyens qui constituent les deux peuples contractants, sont tous désormais qualifiés du nom latin de (*municipes*), pour cette raison bien simple que tous, à partir de cette convention de 261, jouissent du droit de *municipium*.

Les jurisconsultes allemands écrivent justement à ce propos : « Tam Romani in Latinorum civitatibus municipio uti possunt, quam Latini Romæ, et tam Roma erat » Latinorum municipium, quam latinæ civitates Romanorum. »

L'*isopolititia* qui n'est autre, définie exactement, que le rapport mutuel établi par une convention entre deux peuples égaux et indépendants, était une concession de faveur toute nouvelle et toute d'exception dont Rome gratifiait les Latins par le traité de 261. Nous lisons dans Niebuhr traduit en français par de Golbéry (pages 71 et 72) : « L'*isopolititia* assure réciproquement aux citoyens » de ces cités les droits dont le manant ne jouit point, ou » que du moins il n'exerce que par l'intermédiaire d'un » curateur ; par exemple, celui du mariage, celui d'acquiescer des fonds de terre, de passer toute espèce de contrat, d'ester personnellement en justice ou de répondre » à une action, d'avoir la participation aux sacrifices et » aux fêtes » Toutefois, même lorsqu'elle était concédée pour toutes les choses divines et humaines, l'*isopolititia* n'allait pas jusqu'à permettre au citoyen (*fœderatus*) de siéger dans les assemblées publiques d'une nation alliée

autre que la sienne ; on se dénie mutuellement le *jus suffragii et honorum*.

Sans aucun doute le magistrat d'une cité étrangère alliée a accès dans le conseil des cités voisines ; il faut bien forcément qu'il puisse y venir exposer les affaires qui concernent les siens, mais il n'y vote pas, et s'il siège à côté des chefs de la cité, c'est à titre purement honorifique. Au contraire, on refuse à un simple citoyen l'entrée de l'assemblée, une semblable tolérance ne se comprendrait plus.

Désireuses avant tout d'éviter la guerre et les mesures habituellement regrettables par lesquelles on se fait justice à soi-même, les cités ont voulu s'en rapporter à des juges équitables, mais elles n'en sont pas moins demeurées séparées les unes des autres, elles ont conservé soigneusement leur indépendance (1). On conçoit du reste que dans chaque traité particulier les droits mutuels aient été plus ou moins restreints.

Nous venons encore de faire appel à Cicéron, bien souvent dans le cours de cette étude son témoignage reviendra sous notre plume ; c'est un légiste qui en vaut bien un autre, comment méconnaître son autorité comme jurisconsulte ? Cicéron, qui a parlé sur le droit avec tant d'éloquence, qui a écrit la philosophie des lois avec cette étonnante puissance d'esprit d'abstraction que nous retrouvons chez nous dans Montesquieu, a été le compagnon d'étude, le collègue et l'ami de grands jurisconsultes tels qu'Aquilius Gallus, S. Sulpicius dont il vante le grand art de définir. Sa compétence même purement doctrinale ne saurait donc être contestée.

Comme nous le disions plus haut, les *cives fœderati*

(1) Cicéron, *de Re public.*, III, 29, et *Somn. Scip.*, 2.

étaient désignés sous le nom de *municipes*; Festus et Varro nous donnent de ce mot cette définition : « Municipēs » sunt qui una munus fungi debent (1). »

Ulpien nous affirme également que cette expression de *municipes* impliquait l'idée de supporter des charges communes : « Municipēs sunt recepti in civitate ut munera » nobiscum facerent (2). » Le mot *municipium* désigne le droit considéré en lui-même.

Au dire de Niebuhr, le jurisconsulte Ælius Gallus prétendrait que le droit de *municeps* s'acquiert de trois manières : par la naissance, par l'adoption et au moyen de l'affranchissement par un *municeps*. Et ces assertions de l'historien allemand sont formellement confirmées par le texte même de la loi d'Ulpien que nous venons de citer ; nous lisons, en effet, dans le *principium* de cette loi : « Municipem aut nativitas facit, aut adoptio, aut manumissio. »

La première et la plus ancienne sorte de *municipium* appartenait à des hommes qui sans être citoyens participaient, lorsqu'ils venaient à Rome, à toutes les charges et à tous les droits, mais étaient exclus des dignités et du droit de suffrage. « Municipium id genus hominum dicitur » qui quum Romam venissent neque cives romani essent, » participes tamen fuerint omnium rerum ad munus fugendum una cum romanis civibus, præterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo, sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Lanuvini, Aurrani, Tusculani, » qui post aliquot annos cives romani effecti sunt. » Nous avons trouvé dans Niebuhr ce texte latin du jurisconsulte Ælius Gallus.

(1) Varro, V, 16.

(2) Loi 1, Dig., *ad Municipalem*.

Nous lisons également dans le livre de Festus : « Item » municipes erant qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere sed tantum » muneris partem. »

Le célèbre auteur allemand de l'histoire romaine, Niebuhr, cite une autre définition due à un jurisconsulte de l'ancien temps ; ce jurisconsulte fait observer que l'Etat dont ces *municipes* étaient originaires devait être essentiellement distinct de Rome ; du reste il les appelle citoyens romains quoiqu'ils fussent incapables d'honneurs (1).

Nous l'avons déjà dit, on rencontrait dans les différents traités une grande variété dans les clauses ; dans tous, les Romains concédaient aux citoyens de cités étrangères le pouvoir d'acquérir des droits et de les *défendre judiciairement*, et c'était là le fondement de tout traité, l'idée capitale qui dominait et expliquait toute convention internationale (2). Et surtout cela permettait d'introduire à Rome le culte et la puissance de certains dieux étrangers ; l'on acquérait ainsi de nouveaux protecteurs ; en ajoutant quelques statues à celles déjà nombreuses du Panthéon, on trouvait là un procédé facile pour accroître la clémence et les faveurs célestes. L'on suivait déjà avec une scrupuleuse rigueur ce précepte : « Separatim nemo habessit » deos ; neque novos, sive advenas, nisi publice adscitos, » privatim colunto (3). » « Que nul n'ait des dieux à part ; » que nul n'adore en particulier des dieux nouveaux ou » étrangers s'ils ne sont admis par l'Etat. »

Dans les temps antiques, les droits des pèlerins ainsi

(1) Loi 26, Dig., *ad Sct. Trebell.* XXXVI, 1 ; loi 6, p. 5, Dig., *de Munerib. et honorib.* ; loi 18, Dig., *de Verb. signif.*

(2) Collmann.

(3) Cicéron, liv. II, p. 7, *de Legibus*.

reconnus et sanctionnés par *la seule juridiction des récupérateurs, dont c'était alors l'unique mission*, semblaient aux Romains plus dignes de sollicitude et de respect que les droits que les citoyens de Rome eux-mêmes puisaient dans les lois de leur pays.

Car les traités qui reconnaissaient ces droits et qui établissaient le tribunal des récupérateurs afin de leur donner toute l'efficacité désirable, avaient quelque chose de plus sacré et de plus religieux encore que les textes législatifs applicables aux seuls Romains. N'était-ce pas les fétiaux s'appuyant sur la puissance et la majesté de la divinité qui, au nom des dieux de Rome, avaient fait ces conventions de droit des gens et ces alliances avec les prêtres des nations étrangères ?

Nous sommes arrivés dans notre étude à un point qui a plus d'une importance, nous voulons parler de l'usage que l'on fit alors des récupérateurs ; nous l'avons déjà dit, la convention de 261 et toutes celles analogues affirment l'existence de cette juridiction internationale qu'elles se sont efforcées d'établir.

« Itaque quum in omnibus fœderibus id maximi sit »
» momenti, ut juris ratio statuatur et præfiniatur, qua ci- »
» vitates et earum singuli cives invicem sese attingerant, »
» fœdera de causis privatis atque publicis, quæ ex quoti- »
» diano usu et consuetudine oriebantur, leges sanxerint »
» necesse est. Quod si hoc in ipsa rerum condicione et »
» natura positum esse invenimus, quæritur quænam fue- »
» rint illa judicia. Haud dubie fuerunt recuperatoria. »
On ne saurait dire plus juste ; Collmann, dans ces quelques mots que nous venons de citer, établit et délimite parfaitement sur son véritable terrain la question qui nous occupe, donne brièvement la vraie solution.

Nous le savons déjà, certains traités entre Rome et ses

voisins font cesser toute guerre, soit à perpétuité, soit pour un temps plus ou moins long ; comme sans aucun doute de nouveaux conflits pourront surgir, il faudra les trancher avec équité et pacifiquement, il faudra des juges et ces juges, comme nous le démontrerons plus loin, ont été des récupérateurs et n'auraient pas pu être autre chose.

Il existe aussi d'autres traités qui établissent, indépendamment de toute guerre, la bonne harmonie et quelquefois même la sujétion entre les contractants, et si quelques différends s'élèvent entre les deux Etats ou entre deux citoyens de l'un et de l'autre, il faudra des juges et ce seront encore les récupérateurs ; plusieurs espèces de cas à résoudre sollicitaient donc leur intervention.

Et la convention de 261 ne nous présente-t-elle pas plus d'une hypothèse prévue textuellement dans sa teneur où l'on devra faire appel aux récupérateurs et à leur justice ?

Malgré le traité absolument formel à cet égard, l'un des contractants a, nous le supposons, accordé passage à l'étranger pour attaquer son allié ; ou bien il a manqué à l'engagement de partager en commun le butin que l'on a conquis en commun. Cette violation de la foi promise est une cause de débat, de procès entre les deux nations vidé selon des règles fixes, prévues à l'avance par le traité. Cette contestation internationale entre les deux nations ne pourra être régulièrement tranchée que par les seuls récupérateurs ; mutuellement on s'est promis de ne plus désormais demander une justice toujours arbitraire aux armes et à la force : « ... ut pax esset inter Romanos » et Latinos quam diu cœlum et terra firme starent. »

Même solution dans la convention de 268 entre Rome et les Herniques.

La structure de la fédération des cités mise en relief et décrite avec exactitude révèle des liens juridiques qui vont désormais rattacher ces villes l'une à l'autre ; elle nous découvre les droits que se reconnaissent entre eux les citoyens de ces différentes cités. Il faut une sanction à tous ces engagements pour les rendre efficaces ; un droit que l'on peut impunément violer sans avoir à redouter un juge établi pour le faire respecter n'est qu'une pure lettre morte, une vide abstraction. Les hommes antiques du Latium, les premiers et rudes citoyens de la vieille Rome avaient trop de bon sens pratique pour inscrire dans les traités d'aussi vides conceptions. Le tribunal des récupérateurs, telle sera la juridiction compétente pour les contestations internationales dues à cet état de choses.

Toutefois, il faut l'observer, les conflits que l'on soulève devant ces juges comportent une double classification.

Ce peut être une cité tout entière qui a à se plaindre d'une autre cité, ce sont deux Etats qui veulent plaider et qui demandent des juges.

Mais les réclamations de beaucoup les plus nombreuses, quoique de moindre importance, ne s'agitaient que dans la sphère plus humble des intérêts privés ; un simple citoyen ayant souffert d'un délit ou demandant la réparation d'un dommage causé par un habitant d'une cité voisine, tels étaient les cas de procès les plus fréquents, la seconde espèce de débats. Le traité de 261 y a également pourvu ; nous y trouvons cette clause bien formelle et bien explicite « Quant à ce qui concerne les plaintes » des particuliers, elles seront jugées dans les dix jours » et dans le pays où l'affaire aura été conclue. » « *Rerum » autem privatarum judicationes intra decimum diem*

» fierent apud eum populum, cujus in finibus negotium
» gestum esset. » Tel est le récit de Denys d'Halicarnasse
interprété en latin par Collmann et traduit dans notre
langue par le conseiller de Golbéry.

Les traités, nous le savons, ne se ressemblent pas tous ;
si l'on veut bien les parcourir avec quelque attention, on
saisit facilement une grande variété dans les clauses qui
apparaît bien vite à quiconque les soumet à l'analyse. Un
seul point de contact semble les réunir, c'est le *criterium*
qui caractérise et permet de distinguer toute convention
internationale, de la reconnaître, de n'éprouver aucun
doute sur sa nature. Dans toutes se dégage cette idée
générale, principal et véritable motif qui a inspiré les con-
tractants : les Romains reconnaissent aux citoyens de
villes étrangères la jouissance de certains droits et ces
pèrélgrins ont en outre un tribunal pour contraindre les
récalcitrants.

Plus loin, lorsque nous étudierons la procédure suivie
devant la juridiction des récupérateurs, nous nous effor-
cerons de mettre à nu les nombreux linéaments qui la rat-
tachent aux fétiaux ; le *judicium recuperatorium* complète
cette institution originale, il n'en est que le développement
logique et indispensable.

Cette manière de rompre avec l'arbitraire et la force
pour régler entre nations les différends qui peuvent sur-
gir, était pour cette naissante civilisation un vrai progrès ;
trancher légalement, comme de simples contestations
privées, les débats qui s'élevaient entre des hommes de
nationalité différente, et entre les nations elles-mêmes
dans leurs rapports entre elles, était un coup heureux
porté à la rudesse des mœurs, un acheminement accen-
tué à des idées de douceur et d'humanité. Les philo-
sophes, les amis de la justice ne peuvent qu'applaudir à

de tels résultats ; et, ces conventions qui désormais vont unir par plus d'un lien des peuples entre eux sauront ainsi créer les relations commerciales jusqu'alors si restreintes et donner naissance à ce phénomène économique si désirable de la multiplicité des échanges.

CHAPITRE III

Cette juridiction des récupérateurs répondait à des besoins pratiques incontestables. — Importante définition du jurisconsulte Ælius Gallus. — On ne saurait fixer l'époque précise de la naissance de ces juges. — Plusieurs traités consacrent le *judicium recuperatorium*. — Procédure primitive suivie devant ce tribunal. — Les fétiaux siègent *in jure*, les récupérateurs *in judicio*. — Pourquoi l'on exigeait trois récupérateurs? — *Criterium* qui permet de reconnaître quel tribunal est compétent. — Rapidité de la justice, l'affaire est terminée en dix jours. — Usage des formules et de dix témoins.

Nous n'avons certainement pas dans l'établissement de cette catégorie spéciale de juges, dans l'existence de cette juridiction particulière, une conception curieuse et originale due à la seule fantaisie de quelques législateurs ingénieux, intéressante pour l'interprète, mais d'une utilité médiocre, créée pour des besoins plus factices que réels. C'est une institution qui vient remédier à la rigueur excessive et souvent gênante des principes dominateurs du droit romain ; c'est une indispensable satisfaction accordée à l'équité, une lacune dans la législation nuisible à plus d'un intérêt qui va être ainsi comblée. L'introduction à Rome des récupérateurs répondait à une nécessité absolue, incontestable.

Le résultat de la mise en jeu des principes du droit, les conséquences logiques qui en découlent dans les cas pratiques d'application, nous permettront sans peine de mettre parfaitement en lumière ce côté spécial de notre

étude ; ainsi apparaîtra avec évidence que notre sujet n'est pas seulement historique et de pure érudition, mais qu'il est avant tout doctrinal et juridique.

Jusqu'au ^{vi} siècle de Rome, la seule procédure admise dans les contestations judiciaires d'intérêt privé des citoyens romains entre eux était celle des *legis actiones*. C'est aux origines elles-mêmes de Rome que les interprètes font remonter cette vieille et primitive procédure qui règne exclusivement comme système général jusqu'à la loi *Æbutia* ; à l'époque des Douze Tables, elle nous apparaît en pleine vigueur ; elle n'a certainement pas été consacrée pour la première fois dans cet essai de codification générale qui fut promulgué dans les années 302 et 303 de Rome, sa naissance est plus ancienne. Les Douze Tables ne formulent guère que des institutions déjà admises, elles n'innovent pas. On ne saurait nous objecter ce langage du jurisconsulte Pomponius (1) : « Deinde ex his legibus Duodecim » *Tabularum*, eodem tempore fere, actiones compositæ » sunt, quibus inter se homines disceptarent : quas actiones » ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque » esse voluerunt : et appellatur hæc juris pars, legis » actiones, id est legitimæ actiones. Et ita eodem pene » tempore tria hæc jura nata sunt : leges Duodecim Tabu- » larum : ex his fluere cœpit jus civile : ex iisdem legis » actiones compositæ sunt. Omnium tamen harum et » interpretandi scientia, et actiones, apud collegium pontificum erant : ex quibus constituebatur, quis quoquo » anno præesset privatis : et fere populus annis centum » prope hac consuetudine usus est. »

D'excellents interprètes le reconnaissent (2), ce texte

(1) Loi 2, p. 6, Dig., liv. I, t. II, de *Origine juris*.

(2) Accarias, t. II, p. 330, note 1.

ne signifie nullement que la procédure des actions de la loi n'a été créée qu'après les Douze Tables.

Des paroles solennelles (*certa verba*) rigoureusement adaptées à celles qu'emploie la loi particulière dont l'application est en jeu devaient de toute nécessité être prononcées; chaque *legis actio* impliquait un certain nombre d'expressions absolument indispensables et qui lui étaient propres; elles variaient dans chaque hypothèse prévue par les lois, par conséquent chaque loi nouvelle nécessitait toujours la création de formules nouvelles. Pomponius entend simplement nous apprendre que l'on s'efforça de composer un recueil de ces formules après la promulgation des Douze Tables.

Les écrits du jurisconsulte Gaius viennent du reste dissiper toute obscurité, ils ne nous laissent aucune incertitude dans plusieurs textes qui défont absolument la contradiction. (P. 21, 28, 14 du com. IV.)

La rudesse des mœurs du temps apparaît par plus d'un trait dans cette vieille procédure; la susceptibilité juridique des Romains ne permit jamais d'en faire usage dans les contestations avec les étrangers, comme nous l'expliquerons bientôt; même à l'égard de la majeure partie des citoyens, elle est pleine de rigueurs; c'est pour les grands à l'encontre des plébéiens un moyen d'oppression; son excessif et souvent ridicule formalisme est plus d'une fois un instrument de chicane plutôt que d'équité. Gaius nous rapporte l'exemple d'un malheureux plaideur qui perd son procès parce qu'il a substitué au terme général de la loi (*arbores*) un autre mot plus précis et mieux approprié à l'espèce (*vites*). (C. IV, p. 11.) Cette excessive subtilité est bien peu propice à la vraie justice.

On s'efforce de maintenir le peuple dans l'ignorance des mots solennels imposés lorsque l'on veut défendre ses

droits ; environnées pendant longtemps d'un mystère impénétrable, ces formules ne sont connues que par les seuls patriciens.

Au dire de Pomponius, dont nous avons plus haut cité les paroles, la rédaction de ces formules n'appartient qu'aux pontifes ; c'est à eux que doit s'adresser tout plébéien désireux de plaider. Jusque vers le milieu du v^e siècle, eux seuls ont le pouvoir de communiquer au peuple ces secrets de la procédure. Alors le secrétaire d'Appius Claudius (1), le fils d'affranchi Cnéius Flavius, dévoile à tous, en les publiant, ces formules d'action ; il devient l'idole du peuple qui le fait d'abord *tribunus plebis*, on le nomme plus tard édile curule et sénateur.

Les jours ouverts à la juridiction n'étaient pas plus connus que les formes de la procédure, et, pendant plusieurs siècles, la fixation du calendrier fut l'œuvre des pontifes qui se gardaient bien de divulguer leur secret.

On ne juge alors que d'après le droit civil, c'est ce droit seulement dont on use dans ces actions ; la fierté romaine ne veut pas voir appliquer à l'étranger toutes les décisions de la législation nationale ; on réserve à titre de privilège aux seuls citoyens l'emploi de cette procédure des *legis actiones* si puérile dans ses exigences et qui nous semble barbare. Même lorsqu'il a à se plaindre de la subtilité dangereuse et du caractère tyrannique de ses lois, le Romain croit l'étranger indigne d'y être soumis.

« La procédure des *legis actiones*, dit M. Accarias (2),
» appartient-elle exclusivement au *jus civile* ? Pour les premiers siècles de Rome l'affirmative n'est pas douteuse,
» puisqu'alors, paraît-il, les lois romaines n'autorisaient

(1) Tite-Live, IX, 46 ; loi 2, p. 7, Dig., *de Origine juris*.

(2) Accarias, t. II, p. 831, note 3.

» l'exercice d'aucune poursuite ni par les étrangers ni
» contre eux. (Gaius, comm. IV, p. 37.)

» Quant aux récupérateurs, dit également M. Ortolan (1), nous croyons cette institution introduite déjà
» sous le règne des actions de la loi; mais nous la croyons
» étrangère au régime de ces actions auxquelles *elle vient*
» *porter brèche*. C'est une de ces institutions qui sont ame-
» nées par les relations avec les étrangers, et qui tiennent
» à l'introduction du droit des gens dans le droit civil.
» C'est un allègement non seulement au monopole judi-
» ciaire des patriciens, *mais aux principes du droit qui-*
» *ritaire lui-même.* »

Ainsi, nous venons de le prouver, l'institution des récupérateurs était absolument indispensable, puisque, sans son établissement, il aurait été de toute impossibilité de juger les pérégrins avec les *legis actiones*. Sans ce tribunal, les étrangers venus à Rome et qui auraient éprouvé quelque dommage de la part des citoyens, un citoyen qui aurait eu à se plaindre d'un étranger, auraient été désarmés; défendre ses droits souvent les plus dignes de sollicitude, obtenir justice, n'eût pas été mis dans tous les cas à la disposition de tous; les échanges internationaux n'auraient pu se multiplier si l'étranger, à cause de l'inviolabilité du citoyen romain, n'eût pas pu obtenir satisfaction.

Nous savons, par les explications que nous nous sommes efforcé de donner plus haut, que Rome elle-même fut la première à mettre fin à cette sorte d'isolement dans la distribution de la justice qui eût été si regrettable; elle reconnut spécialement à certaines nations étrangères, avec lesquelles elle conclut des traités, la jouissance de

(1) Ortolan, t. III, p. 511, n° 61056 de la onzième édition.

certaines droits importants dont ses citoyens étaient fort jaloux ; la teneur de ces traités que nous avons également rapportée consacre bien formellement la sanction régulière et judiciaire de ces droits reconnus.

A première vue on pourrait, il est vrai, éprouver quelque incertitude pour savoir si ces juges récupérateurs dont parlent certains textes ont véritablement eu cet emploi international ; la question n'est pas douteuse ; lorsqu'on l'examine, on arrive à une évidence qui ne peut être niée.

Un premier argument donné par le jurisconsulte allemand Huschke (1) et reproduit identiquement par Collmann dans des expressions différentes serait à lui seul bien suffisant pour convaincre. Voici comment nous pensons devoir le formuler : Les traités intervenus entre Rome et les nations étrangères reconnaissaient des droits à ces pérégrins ; ces conventions disent bien formellement que ces droits seront sanctionnés judiciairement, et dans les parties textuelles qui nous ont été conservées nous lisons même certaines règles de procédure fort précises dont nous donnerons plus loin la signification ; nous avons également établi, à l'aide du témoignage bien formel de Gaius et d'accord avec les interprètes contemporains les plus justement appréciés, qu'on ne pouvait user de la procédure des *legis actiones* dans la sanction de ces droits. Puisqu'il fallait nécessairement des juges dans la solution de ces contestations et que les juges ordinaires ne pouvaient absolument pas y figurer, on devait faire intervenir des juges spéciaux dont c'était la mission et ces juges n'étaient autres que les récupérateurs.

« Quant aux *recuperatores*, dit M. Accarias (2), leur

(1) Huschke, p. 210, *de Recuperatoribus*.

(2) Accarias, t. II, n° 737, p. 821.

» origine se rattache aux différends qui pouvaient surgir
» entre les citoyens romains et les membres d'une nation
» étrangère. *Des traités stipulaient* que les causes de ce
» genre seraient jugées par des commissaires spéciaux,
» que les Romains appelèrent *recuperatores*. »

Ainsi pensent MM. Ortolan, Maynz, Mispoulet et tous les jurisconsultes allemands, notamment Zimmern (1).

Il est vrai que, réduit à lui seul, le *criterium* d'autorité n'a que la seule valeur d'une croyance à ce qu'enseignent de bons esprits, une bonne raison est certainement préférable; enfin dans la teneur des traités donnée plus haut, on ne voit inscrit nulle part le mot de *recuperatores*.

La réponse est facile, un texte bien formel consacre notre manière de voir, nous allons le citer, et c'est sur ce texte lui-même qu'appuient leur doctrine les interprètes dont les noms précèdent; enfin les clauses et les parties des traités ne nous sont pas parvenues intégralement, il y a de petites lacunes.

Nous lisons dans Festus quelques mots du jurisconsulte Ælius Gallus; on ne saurait être plus clair et plus affirmatif.

Collmann nous donne en deux lignes la biographie de ce jurisconsulte; nous croyons utile de la transcrire ici : « C. Ælius Gallus Ciceronis æqualis fuisse videtur, qui » scripsit de verborum quæ ad jus civile pertinent significatione libros XII (2) ». Plusieurs éditions des écrits d'Ælius Gallus ont été publiés en Allemagne.

Voici textuellement le fragment de Festus : « *Recuperatio est, quum inter populum romanum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo*

(1) Zimmern, p. 45.

(2) Collmann, p. 17, note 2, de *Judicio recuperatorio*.

» per recuperatores reddantur res recuperenturque, res-
» que privatas inter se persequantur (1). »

Nous adhérons pleinement au jugement de Huschke lorsqu'il dit au sujet de ces paroles d'Ælius Gallus :

» Ceterum apparet ex hoc loco, si fœdus cum aliquo
» populo vel rege iceretur, caveri solitum esse, ut suum
» cuique restitueretur resque redderentur, non solum
» quæ nunc ex belli tempore apud utrumque populum
» alienæ res edissent, et de quibus eo fœdere nominatim
» convenisset, verum etiam quas in futurum unius populi
» civis a cive alterius populi ex contractu puta vel e de-
» licto repetiturus foret ; eos vero, per quos hæc recupe-
» ratio celebraretur, recuperatores dictos esse (2). »

Le sens général de cette définition que nous a transmise Festus est net ; on ne peut nier que les principaux caractères de l'institution des récupérateurs et leur existence même n'apparaissent dans ce texte avec une absolue certitude ; Ælius Gallus résume bien le rôle qu'eurent primitivement à Rome ces juges spéciaux ; ainsi nos affirmations précédentes sur les récupérateurs ne sont pas de simples conjectures mais bien de tangibles réalités.

Il nous semble intéressant de donner de ce texte quelques commentaires ; nous le ferons avec Collmann tout en reconnaissant que cela n'est nullement nécessaire pour saisir la pensée d'Ælius Gallus. L'idée du jurisconsulte est exprimée avec tant de précision qu'elle se comprend sans peine à la simple lecture ; la question que nous nous efforçons d'élucider est d'érudition pure et est simplement accessoire dans le sujet.

« Lex convenit. » Collmann trouve ces expressions fort

(1) Festus, *de Verb. sign.* s. v. *recuperatorio*.

(2) Huschke, p. 211, *de Recuperatoribus*.

exactes et bien appropriées. Au lieu de ce jurisconsulte, lorsque l'on veut désigner les lois que la république romaine triomphante dicte à des vaincus, on n'use jamais du mot *convenit* ; les écrivains qui nous racontent les commencements de Rome n'emploient ce terme que lorsqu'ils parlent des actes législatifs réglementant les débats d'intérêts privés entre citoyens. C'est qu'en effet les cités qui ont fait alliance et qui sont entrées dans la fédération peuvent être assimilées, au point de vue des relations juridiques qui les unissent, à de simples particuliers. Les engagements qui interviennent entre elles, la sanction de ces engagements relèvent pour ainsi dire du domaine du droit privé. « Itaque ex hac quoque dicendi »
» *ratione certo intelligitur, recuperationis condicionem ex*
» *æquo fœdere ortam esse et municipiorum conjunctio-*
» *nem significasse, quam ob causam fortasse non ab omni*
» *parte falso Græcorum isopolitiam latine traderes recu-*
» *perationem.*

» Deinde vero aliam definitionis partem consideremus :
» *quomodo per recuperatores reddantur res recuperentur-*
» *que, resque privatas inter se persequantur.* » Quæ quidem
» verba maxime illustrent, civitates fœderatas inter se
» æquo jure gavisas esse, ita ut quæ esset cunque injuria
» orta inter fœderatas civitates vel singulos earum cives
» per recuperatores repararetur (1). »

« Reges nationesque et civitates peregrinas ; » pourquoi ces redondances de mots et d'expressions lorsque ces deux paroles (*civitates peregrinas*) semblent à elles seules embrasser les rois et les nations ?

Ne faut-il pas accuser de prolixité le langage d'Ælius Gallus ?

(1) Collmann, p. 21.

Au dire de Collmann, « *inter populum et externas civitates* » eût été une formule assez détaillée et assez exacte pour traduire fidèlement la pensée du jurisconsulte romain ; une semblable manière de dire eût présenté l'avantage de la concision ; cependant l'interprète allemand essaie de justifier *Ælius Gallus* après lui avoir reproché son verbiage qu'un jurisconsulte ne saurait se permettre lorsqu'il veut définir.

Collmann nous rapporte d'autres paroles de ce même *Ælius Gallus* extraites des écrits de Festus (1) : « *Cum* » *populis liberis et cum fœderatis et cum regibus postliminium est ita, uti cum hostibus.* » Il s'efforce de comparer ces deux passages.

Ces dernières paroles d'*Ælius* vont nous permettre de donner la portée spéciale, le sens technique de toutes ces expressions, « *reges nationesque et civitates peregrinas,* » de mettre en relief, d'expliquer chacune d'elles.

Cette fine analyse du texte que nous fournit l'érudition allemande nous semble assez fondée et non purement fantaisiste.

Nationes aurait le même sens que *populis liberis*, et *civitates peregrinas* signifierait *cum populis fœderatis* ; le premier mot désignerait les peuples qui ne sont pas entrés dans la fédération de 261 et de 268 ; l'autre s'appliquerait au contraire aux cités confédérées dont les habitants jouissent du *municipium*. « *Quæ quum peregrinitatis* » *significatio*, nous dit Collmann, *ab initio solum pertineret* » *ad civitates latinas et italicas.* »

Ce sont les traités qui ont donné naissance aux récupérateurs, nous en avons la certitude ; mais quelle est au juste l'époque précise de leur commencement ? Peut-on par une date fixer leur première apparition ?

(1) *S. v. Postliminium.*

Il est impossible malheureusement de donner de ce problème une solution qui satisfasse pleinement l'esprit; toute affirmation bien nette ne serait jamais qu'une assertion hasardée, une pure conjecture, le manque absolu de renseignements ne permet pas de faire la lumière bien complètement. On peut cependant sans hésitation affirmer que les récupérateurs remontent bien au delà de ce traité de Cassius conclu en 261; les détails donnés par Denys ne nous permettent nullement de croire que l'on ait eu alors pour la première fois l'idée de cette sorte de juridiction.

Depuis longtemps une institution analogue consacrée par l'usage se rencontrait chez les peuples de l'Italie; le mérite de l'invention ne revient ni aux Romains ni aux Latins, peu à peu ces pratiques internationales ont pénétré dans les mœurs et sont devenues des coutumes.

Prétendre que cette institution a surgi soudainement créée de toutes pièces, c'est oublier les procédés des anciens Romains dans la formation du droit; ce n'est que par couches successives lentement agrégées que s'édifient peu à peu les conceptions juridiques de Rome.

Dans les traités que nous ont transmis les historiens (1), j'entends parler des traités les plus anciens qui nous aient été conservés, on trouve consacré bien formellement un tribunal absolument semblable au *judicium recuperatorium*, institué par les peuples antiques de l'Italie pour résoudre les contestations qui pourraient s'élever entre eux.

Nous lisons dans Polybe (2) le récit d'un traité que le peuple romain stipula avec les Carthaginois l'an 245, c'est-à-dire seize années avant la convention intervenue

(1) Denys, *passim*.

(2) Polybe, III, 22.

avec les Latins, en 261 ; nous en citons une des clauses traduites du grec en latin par l'interprète allemand Huschke (1) : « Qui ad mercaturam venerint, vectigal » nullum pendunto, extra quam si quid præconi aut scri- » bæ dandum sit ; quicquid vero his præsentibus venierit, » (pretium) publica fide venditori debetor, quod quidem » in Libya vel Sardinia venierit. Si Romanorum quis in » eam Siciliæ partem venerit, quæ sub Carthaginensium » imperio est, æquum in omnibus Romanorum jus » esto. »

Il résulte avec évidence de ce passage que d'un commun accord les deux peuples avaient établi une juridiction internationale. En Sicile, les Romains sont assimilés aux Carthaginois au point de vue du droit ; en Afrique et en Sardaigne, au contraire, ils ne peuvent réclamer qu'en vertu des marchés intervenus avec certaines conditions de solennité.

Nous ajouterons avec Collmann que ceux qui ont écrit l'histoire romaine et surtout Denys d'Halicarnasse, lorsqu'ils narrent ce qu'ont fait les Romains d'alors, auraient sans aucun doute insisté beaucoup plus sur les récupérateurs si le traité de Cassius les eût réellement créés, « quandoquidem hoc novum institutum ad civitatum con- » dicionem rationemque, qua et bello et pace se invicem » attingerent, maximam exercuisset vim. »

Un point certain nous est acquis, c'est que depuis longtemps l'on faisait usage des récupérateurs lorsque les annales romaines, sortant des légendes et des récits mythiques, quittent le domaine des faits vagues et souvent poétisés pour arriver à des réalités véritablement historiques, certaines et absolument dignes de foi.

(1) Huschke, *de Recuperatoribus*, p. 212.

« Sed hac in re idem nobis accidit, quod in permultis
» juris institutis, quorum originem accurate explorare non
» possumus, et quæ tum demum scriptores meminerunt,
» nous dit fort justement Collmann, postquam ab omni
» modo jam exulta sunt, ita ut sæpissime aut magnum
» tantum temporis spatium statuere possimus, per quod
» instituti causæ et principia orta sint, et institutum ipsum
» ad perfectionem magis magisque traductum sit, aut
» annus modo ponatur oporteat, ante quem legem quan-
» dam latam vel juris institutum excultum esse intelli-
» gimus. »

Nous ne pouvons par une date précise et certaine fixer l'époque de la naissance des récupérateurs, mais il est certain que l'usage de cette institution, si répandue en Italie dès l'antiquité la plus reculée, était également connue des Grecs. Thucydide nous a conservé un traité intervenu entre les Athéniens et les Lacédémoniens (1) ; d'après une des clauses que nous possédons, deux juges devaient décider des conflits qui pourraient s'élever entre les deux nations contractantes, *l'un d'eux était Athénien, l'autre Lacédémonien* ; ces deux récupérateurs « secundum suorum civium jus civile judicabant, » nous dit l'interprète allemand Huschke (2).

On rencontrait également chez presque toutes les nations italiques une institution analogue à celle des fétiaux (3) ; cela va de soi, nous aurons bientôt à parler des rôles combinés des récupérateurs et des fétiaux ; nous l'avons déjà dit, ces deux institutions étaient le complément l'une de l'autre.

Il nous semble intéressant de citer encore d'autres traités

(1) Thucydide, 4, 118.

(2) Huschke, *de Recuperatoribus*, p. 211.

(3) Tite-Live, VIII, 39 ; Denys d'Halicarnasse, 11, 72.

qui viendront confirmer ce qui précède, ainsi sera bien établi que le *judicium recuperatorium* était d'une pratique générale.

L'historien Tite-Live fait dire à Ménippe, envoyé d'Antiochus : « Esse autem tria genera fœderum, quibus inter se »
» paciscerentur amicitias civitates regesque. Unum quum »
» bello victis dicerentur leges, ubi omnia ei, qui armis plus »
» posset, dedita essent, quæ ex iis habere victos, quibus »
» multari eos velit, ipsius jus et arbitrium esse. Alterum »
» quum pares bello æquo fœdere in pacem atque amicitiam »
» venirent ; tunc enim repeli reddique per conventionem »
» res, et si quarum turbata bello possessio sit, eas aut ex »
» formula juris antiqui, aut ex partis utriusque commode »
» componi. Tertium esse genus, quum qui hostes nun- »
» quam fuerint ad amicitiam sociali fœdere inter se jun- »
» gendam coeant : eos neque dicere neque accipere leges, »
» id enim victoris et victi esse (1). »

Polybe nous a conservé un traité stipulé entre Rome et les Carthaginois en 406 ; le récit de l'écrivain grec ne nous est pas parvenu absolument intact, certains passages en sont mutilés ; mais on y lit cette convention bien formelle : « Placuisse, ut *privata injuria judicio*, *publica bello* »
» vindicaretur (2). »

Nous trouvons également cette clause dans un traité conclu avec le roi Antiochus : « Controversias inter se jure »
» ac judicio disceptent : aut si utriusque placebit, bello, »
nous dit Tite-Live, 38, 38.

Comme dernier exemple, nous citerons un plébiscite habituellement désigné sous le nom de plébiscite de Thermensibus de l'année 682 : « Quo nobis acceptius est

(1) Tite-Live, liv. XXXIV, chap. LVII.

(2) Polybe, 3, 24.

» fragmentum plebisciti, nous dit l'interprète allemand
» Huschke, quod de Thermensibus vocatur, quoque, uti
» videtur, a. u. 682. Thermensibus, per id tempus a
» Mithridatis imperio liberatis, jura liberæ civitatis tributa
» sunt. Hac igitur in lege præter alia multa de hominibus
» eorum, bello Mithridatico a Romanis sociisque populi
» romani captis, cavetur. »

Nous croyons suffisant de donner seulement le sens général d'une des parties de ce texte ; Huschke l'a intégralement reproduit dans son ouvrage sur les récupérateurs, il l'a commenté et s'est efforcé d'en combler les lacunes ; des érudits tels que Sigonius, Muratorius l'ont expliqué ; sans oser nous hasarder nous-même sur cette route épineuse de l'étude de vieux textes malheureusement fort mutilés, nous déduirons avec Huschke, de ce plébiscite la conclusion suivante : « Sed quicquid est, hoc legis illius » caput apertum documentum est, etiam ea, quæ bello » amissa post pacem factam restitui placuerat, recupera- » toribus interpositis restitui consuevisse, ut hac quoque » parte Ælii Galli definitio verissima reperiatur (1). »

Le point à étudier qui désormais se présente le plus naturellement à l'esprit est la procédure suivie devant le tribunal des récupérateurs.

Primitivement cette procédure suppose l'intervention de deux sortes d'acteurs, les fétiaux d'abord, puis les récupérateurs ; leur rôle respectif était fort distinct, on ne saurait les confondre.

Denys d'Halicarnasse parle bien explicitement de l'intervention exigée des fétiaux non seulement lorsqu'il fallait conclure des traités et se jurer la paix et l'alliance ou commencer une guerre, mais aussi dans le fonctionnement

(1) Page 214, de *Recuperatoribus*.

des juridictions établies pour statuer entre les peuples alliés : « *Quarum rerum litium causarum condixit pater*
» *patratus populi romani Quiritium patri patrato priscorum*
» *Latinorum hominibusque priscis Latinis, quas res dari,*
» *fieri, solvi oportuit, quas res nec dederunt, nec fecerunt,*
» *nec solverunt, dic quid censes ? »*

L'historien grec, lorsqu'il vient à s'occuper des collèges sacerdotaux créés par Numa, nous dit aussi : « *Longum*
» *esset omnia fetialium officia enarrare (1), in summa*
» *autem sunt hæc cavere ne Romani ulli fœderatæ civi-*
» *tati injustum bellum inferant ; quod si qua prior contra*
» *fœderis condiciones aliquid commiserit, legatos agere,*
» *et verbis primo jus suam repetere. Quod si dedignetur*
» *facere postulata, tum vero bellum ratum habere. Itidem*
» *si qui a Romanis illatam sibi contra fœdus quærantur*
» *injuriam, causam eorum cognoscere ; et si jure quæri*
» *comperiantur, sontes comprehensos læsis dedere, judi-*
» *care item de legatorum injuriis ; et dare operam, ut*
» *religiose serventur condiciones fœderum ; pacem etiam*
» *conficere, aut, si juxta sacras leges non esse facta videan-*
» *tur, irritam reddere, præterea si quid imperatores*
» *contra jurisjurandi et fœderaum leges patnaverint,*
» *cognoscere atque expiare. »*

En deux mots, lorsqu'un citoyen romain a subi quelque dommage, quelque offense d'un membre d'une des cités confédérées, deux autorités différentes seront mises en mouvement pour obtenir justice et lui donner satisfaction : les fétiaux, qui devront demander l'extradition de l'accusé, les récupérateurs qui le jugeront et prononceront une sentence.

Brisson (2) semble avoir entrevu qu'il existait un lien,

(1) Denys d'Halicarnasse, 11, 131, traduction latine de Collmann.

(2) Lib. V, *de Form.*

un point de contact entre les récupérateurs et les fétiaux, et l'interprète allemand Huschke, s'efforçant de rapprocher les deux institutions a bien précisé les différences saillantes qui ne permettent pas de les confondre : « Quo- » circa recuperatores fetialibus quadam tenus similes » erant, tantum quod illi pacis tempore ex fœdere res » recuperabant, hi, si ordinaria juris persecutio denegata » erat, res repetebant (1). » (Cf. Brisson, *de Form.*, IV, 11.)

Cependant le jurisconsulte Collmann a prétendu que les fétiaux et les récupérateurs impliquaient une seule et unique institution ; que par ce mot *recuperatores*, il fallait entendre non pas des personnages distincts des fétiaux mais les fétiaux eux-mêmes que les Romains désignaient également par les deux noms de *recuperatores* et de *fetiales* : » Palam fit, nous dit-il, fetiales quoque exstisise, quibus » recuperatorum nomen datum sit. »

Tous les auteurs qui ont écrit avec quelque autorité sur la matière s'élèvent bien formellement contre cette manière de voir (2) ; il n'est, pas que nous sachions, aucun jurisconsulte qui se soit rallié à l'opinion dissidente ; mais, comme la controverse est agitée par un interprète qui a si bien su faire la lumière sur cette institution, nous ne pouvons passer sous silence la question débattue ; elle réclame de notre part quelques développements.

Les récupérateurs étaient toujours *des juges, des arbitres*, leurs fonctions étaient exclusivement judiciaires ; au contraire les fétiaux avaient avant tout pour mission essentielle, pour fonction principale, de réclamer satisfaction aux peuples étrangers avant de leur déclarer la guerre. De nombreux textes sont bien formels à cet égard ; sans

(1) Huschke, p. 215, *de Recuperatoribus*.

(2) Huschke, Sell, M. André Weiss, page 60, *du Droit fétial chez les Romains*.

cesse nous lisons que les fétiaux vont chez les étrangers pour leur demander pacifiquement raison de leurs offenses à l'égard de Rome, ils parlent au nom des dieux, et supplient le peuple (*hostis*), c'est-à-dire pérégrin, de ne pas mépriser le cri de la justice.

Il faut l'observer avec soin, ce mot *hostis* peut, selon Festus, se traduire par l'expression *æqualis*; primitivement il comprenait tous les pérégrins et il n'éveillait aucune idée de guerre. Nous lisons dans le *de Officiis* (1) : « Illud » etiam animadverto quod qui proprio nomine perduellis » esset, is hostis vocaretur, lenitate verbi tristitiam rei » mitigatam. *Hostis enim apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus.* Indicant XII Tabulæ : aut status dies cum hoste, itemque : adversus » hostem æterna auctoritas. Quid ad hanc mansuetudinem » addi potest? eum qui cum bellum geras, tam molli » nomine appellari? Quanquam id nomen durius jam effectum cit vetustas. » A l'époque classique *hostis* est synonyme d'ennemi, mais comme vient de nous le dire Cicéron, *hostis* masque l'idée de haine du mot *perduellis*.

Le *pater patratus*, c'est-à-dire un des fétiaux, lorsqu'il avait atteint les frontières de l'Etat dont le peuple romain avait été lésé, proclamait bien haut (*clare voce*) les motifs de plainte ; une cérémonie symbolique suivant le rite imposé par le droit fétial était accomplie ; certaines solennités mimiques étaient fidèlement observées ; l'on n'oubliait pas les dieux, ils étaient pris à témoin de la sincérité de la réclamation : « Entends-moi, Jupiter ; entendez-moi, » dieux des limites ! Et toi, oracle sacré du droit (*fas*), » écoute ; je suis le messager du peuple romain, je viens » en toute justice, et mes paroles méritent toute con-

(1) Cicéron, *de Officiis*, 1, 12.

» fiance (1). » Le fétial précise ce que réclament les Romains, il indique les satisfactions que l'on exige et termine par cette formule : « Grand Jupiter, si c'est contre » l'équité et la justice que je viens ici demander la remise » de ces personnes et de ces choses (*illos homines illasque* » *res dedier*), ne permets pas que je revoie jamais ma » patrie. »

Ajoutons que pour qu'une déclaration de guerre fût imposée, il était nécessaire que le peuple romain se trouvât en présence d'un peuple libre, et dans un texte de Proculus dont nous avons parlé plus haut (2), ce jurisconsulte nous explique ce que signifiait alors cette manière de dire : « Liber populus est is qui nullius alterius populi » potestati est subjectus, sive is *fœderatus* est : item sive » *æquo fœdere* in amicitiam venit, sive *fœdere* compre- » hensum est, ut is populus alterius populi majestatem » comiter conservaret : hoc enim adjicitur, intelligatur » alterum populum superiorem esse : non ut intelligatur » alterum non esse liberum (3). »

Dans cette première phase de la procédure du *judicium recuperatorium* que les auteurs appellent la *rerum repetitio* (4), les fétiaux, comme on l'a fort bien dit : « parlant » au nom du peuple romain, s'identifiant en quelque sorte » avec lui, jouaient le rôle de parties et n'étaient qu'ac- » cidentellement appelés à statuer comme juges. »

La *rerum redditio vel recuperatio* des juges récupérateurs est au contraire la seconde phase de la procédure, le second acte de ce drame judiciaire; Collmann tombe donc dans une singulière méprise lorsque, confondant la

(1) Tite-Live, 1, 32.

(2) Chap. II.

(3) Loi 7, p. 1, Dig., *de Captivis*.

(4) Tite-Live, VII, 32.

rerum repetitio et la *rerum recuperatio*, il attribue aux seuls fétiaux cette double mission (1). Aucun rapport direct n'existant entre ces deux fonctions, la raison que l'interprète allemand donne à l'appui de son système s'évanouit.

Un motif irréfragable de ne pas admettre l'opinion de Collmann et de distinguer absolument le rôle différent des récupérateurs et des fétiaux, c'est que *primitivement* on ne fait usage des récupérateurs qu'entre les cités unies par un traité (*fœderatæ*) ; la définition d'Ælius Gallus donnée plus haut le démontre avec évidence.

Au contraire, même en l'absence de toute convention internationale (2), les fétiaux sont appelés à intervenir dans les rapports de Rome avec les autres Etats. L'historien Tite-Live (liv. V, 35 et 36) nous montre les Romains déléguant trois fétiaux chargés d'intervenir entre les habitants de Clusium et les Gaulois qui, jusqu'alors, leur avaient été absolument étrangers.

Le *criterium* qui permet de n'avoir aucun doute sur ces sortes de personnages et ne pas prendre les uns pour les autres, c'est surtout le caractère d'universalité des occupations des fétiaux que l'on ne rencontre plus chez les récupérateurs.

Les fétiaux sont avant tout des agents chargés de l'extradition des coupables.

Comme l'a dit parfaitement Collmann, les fétiaux recevaient plusieurs dénominations, on les désignait sous les noms de *pater patratus*, *publicus nuntius*, *oratores* ; mais nous ne sommes plus de l'avis de l'interprète allemand lorsqu'il prétend que l'on appelait *recuperatores* certains

(1) Collmann, pages 28 et 29.

(2) Cicéron, *de Officiis*, III, 29.

membres de leur collège. Collmann avoue lui-même que cela n'est peut-être pas bien certain : « *De recuperatoribus* » *tantum fortasse dubitatio oritur*. Tamen ea quoque » *removetur*, si *alianæ definitionis verba quomodo per* » *recuperatores res reddantur recuperenturque* in *memoria* » *vocamus* (1). Hæ enim *res*, *rebus privatis oppositæ*, *haud dubie tantum ad civitatem pertinent*, et » *quum alias semper*, si de *his rebus agitur vel cognoscitur*, *fetiales vocantur*, *palam fit*, *fetiales quoque existisse*, *quibus recuperatorum nomen datum sit*. »

La réponse à ce sophisme est facile. Collmann est le premier à le reconnaître, dans aucun texte on ne trouve les fétiaux appelés *recuperatores* ; quand à ces *recuperatores* dont nous parle Ælius Gallus, ce ne sont pas du tout des fétiaux mais des arbitres qui en diffèrent absolument.

A la fausse opinion de Collmann nous opposons Collmann lui-même qui plus loin se contredit bien formellement, et qui distingue avec une netteté de langage qui ne peut laisser subsister aucun doute les fétiaux des récupérateurs ; nous lisons à la page 33 de son ouvrage : « *Fetiales* » *in judicio recuperatorio magistratus partes suscepisse et* » *litigantibus recuperatores dedisse* ; *an vero hi iudices* » *ipsi fuerint fetiales*, *equidem decernere non audeo*. »

A quoi se ramène ce raisonnement du jurisconsulte allemand dont nous venons de citer les propres paroles ?

Il est aisé d'en découvrir le spécieux et l'arbitraire ; c'est une pure et gratuite affirmation, et par une contradiction étrange l'auteur se voit plus loin obligé de la désavouer et de reconnaître la vérité d'une doctrine qu'il a tout d'abord qualifiée d'in vraisemblable et de fausse.

(1) Collmann, p. 30, *de Romanorum judicio recuperatorio commentatio*.

« *Quomodo per recuperatores res reddantur recuperenturque.* » Selon Collmann, cette partie de la définition d'Ælius Gallus a trait seulement aux querelles des cités entre elles et à leur réglementation ; Ælius Gallus n'a nullement compris dans ces mots le règlement des conflits d'intérêt privé.

Sans vérifier l'exactitude de ces assertions de l'interprète allemand, nous les adoptons de prime abord, et, afin de faciliter la discussion, nous les supposons vraies et fondées.

Il s'agit donc des règles qui président à la solution des débats des cités entre elles ; et Collmann d'ajouter, sans nous en donner aucune preuve, que ces *recuperatores* que le jurisconsulte romain nous présente ici comme chargés de trancher ces litiges, ne peuvent être que des fétiaux puisque partout ailleurs ce sont toujours les fétiaux qui ont mission d'examiner ces sortes de choses.

Oui, les fétiaux avaient leur rôle lorsqu'il fallait décider des procès engagés entre deux cités, mais les récupérateurs, eux aussi, devaient intervenir ; c'étaient deux sortes différentes d'acteurs absolument indispensables pour mener à bien le dénouement de ce drame judiciaire ; que Collmann nous démontre ce qu'il se contente d'affirmer sans motif à l'appui : que seuls les fétiaux devaient résoudre les questions soulevées par les rapports des cités entre elles !! ..

Voici dans les temps les plus reculés quelle était la marche de la procédure : lorsqu'un dommage avait été éprouvé, des fétiaux étaient envoyés pour formuler les réclamations. Ces pontifes se rendaient chez le peuple dont on avait à se plaindre ; quelquefois le peuple tout entier était incriminé, souvent ce n'était qu'un simple citoyen qui était l'auteur du délit ou de la lésion. Les fétiaux

exposaient le grief, les violations de droit commises ; ils faisaient appel à la justice et sollicitaient une réparation.

Lorsque la cité elle-même était l'auteur du dommage, il est probable que les fétiaux romains réunis aux fétiaux de la ville fédérée que l'on accusait, allaient tous ensemble à Rome pour s'entendre sur la réparation à exiger en se conformant aux prescriptions impératives des traités ; puis l'on convoquait des récupérateurs à qui incombait la tâche de terminer le débat.

Si les délinquants étaient simplement des citoyens isolés coupables de délit ou se refusant à payer aux Romains ce qu'ils leur devaient, les fétiaux sollicitaient l'extradition de ces fédérés, débiteurs récalcitrants ou accusés, et les conduisaient à Rome pour y être examinés et jugés.

Cette juridiction établie à Rome pour résoudre les querelles des municipes était aussi le *judicium recuperatorium*, le tribunal des récupérateurs.

Il nous reste dès lors à préciser tous les détails de ce mécanisme judiciaire dont jusqu'ici nous n'avons donné qu'une rapide et trop insuffisante esquisse, il faut en exposer tous les rouages, en étudier le jeu et la mise en mouvement ; les magistrats et les juges qui en sont les moteurs, tel est le premier point qui réclame notre réflexion.

Dans les actions de la loi et dans le système formulaire, le procès comprend deux phases bien distinctes, le *jus* et le *judicium* ; eh bien, ces deux instances constitutives de tout litige, ces deux étapes que devait nécessairement parcourir tout plaideur romain, nous allons également les rencontrer dans le *judicium recuperatorium*.

Ce sont les fétiaux qui, sans aucun doute, organisent le procès et siègent *in jure*, ils ont un rôle analogue à celui

que dans l'âge suivant la législation imposera au préteur. Seuls les fétiaux étaient aptes à mettre en mouvement ces sortes d'actions, les conceptions juridiques de l'époque ne permettent pas de concevoir l'intervention possible d'autres magistrats.

Ces débats supposant la violation d'un traité, le manquement à la foi promise, ce sont les dieux plutôt que les hommes qui sont les offensés, et comme à cette époque le droit sacré jouit d'un immense crédit, ce sont les prêtres qui presque toujours sont investis des fonctions de juges.

A cet instant de la prérogative et de la toute-puissance des pontifes dans les choses du droit, les fétiaux sont les seuls magistrats auxquels revient de droit la solution de ces litiges ; trancher ces contestations est de l'essence même de leurs fonctions (1) ; car à leur collège incombe spécialement le soin de régler les rapports de Rome avec les étrangers.

Le débat n'est jamais considéré comme une simple contestation d'intérêt privé ; même lorsqu'un seul citoyen romain se prétend lésé par un habitant d'une des villes de la fédération, le litige relève du droit public, c'est un *judicium publicum*. Si l'on se refuse à donner satisfaction, si l'on persiste à ne pas réparer ce dommage causé à un seul homme, on a manqué aux lois sacrées de l'alliance, le traité lui-même est violé, c'est Rome qui est offensée par ce mépris du droit d'un de ses concitoyens.

C'était un principe admis par les anciens Romains de soumettre à une assemblée du peuple les procès d'intérêt public, et comme ces conflits intervenus entre des sujets

(1) Voir la confirmation de cette assertion dans le remarquable travail de notre maître, M. André Weiss : *du Droit fétial chez les Romains*.

d'Etats différents n'étaient pas soustraits à l'empire de cette règle, il fallait les soumettre de toute nécessité à la juridiction de cette assemblée ou seulement de quelques juges devenus la personnification de la république elle-même.

Les écrivains romains nous l'affirment bien nettement, c'est à ce second parti que l'on s'était arrêté ; dans le récit de ces débats, nous trouvons toujours sous la plume de ceux qui nous les ont transmis l'intervention de ces récupérateurs qui sont seuls appelés à les résoudre.

Comment ces récupérateurs pouvaient-ils représenter la république et juger en son nom ? C'est ce que nous devons nous efforcer de mettre en lumière.

Ce sont donc les fétiaux qui siègent *in jure*, et les récupérateurs investis des fonctions qui incombent à l'*unus judex* qui siège *in judicio*.

La prérogative des nombres, *ratio numerorum* comme l'a parfaitement exprimé l'interprète allemand Collmann, qui se manifeste par tant de traits dans les institutions antiques, nous sera de plus d'un secours pour faire luire quelque évidence. Niebuhr en maints passages a merveilleusement démontré l'immense rôle de cette *ratio numerorum* (1), elle a été le secret de plus d'une découverte et nous a révélé l'un des caractères les plus originaux du *judicium recuperatorium*.

Nous voulons parler de la composition régulière du tribunal, du nombre de juges imposé pour la validité d'une sentence.

Cicéron et Tite-Live parlent en général de trois récupérateurs (2), quelquefois même ils en mentionnent cinq (3), tous les autres écrits nous représentent leur pluralité, sauf

(1) Niebuhr, I, 272, 273, 332, etc. ; II, 21, 32, 54, 55, etc.

(2) Cicéron, *in Verrem*, act. III, 12, 21, 50, 60 ; Tite-Live, XXVI, 48.

(3) Tite-Live, XLIII, 2.

quelques rares textes qui nous montrent un seul récupérateur chargé de statuer.

La pensée qui se dégage bien nettement de tous ces témoignages réunis, c'est que plusieurs de ces arbitres étaient exigés pour rendre un arrêt, et un examen plus attentif nous permet de déduire avec certitude que dans les commencements on devait en nommer trois.

Ce nombre trois était une vraie nécessité ; nous le savons, les procès de droit public étaient en général soumis à la juridiction d'une assemblée du peuple ; lorsque le peuple déluguait ses pouvoirs et chargeait des mandataires de juger à sa place, ce tribunal plus restreint devait, quant à sa composition, être l'image du peuple, il devait en être la copie fidèle par son organisation et ses éléments constitutifs, et comme le disent les auteurs allemands : « Eorum » recuperatorum numerus responderet necesse erat » rationi, qua populus dividebatur. »

Nous lisons dans Collmann : « Quum autem antiquis » temporibus romani populi, ex intima Ramnium, Titium » et Lucerum conjunctione orti, triplex esset divisio, hæ » quoque tres partes judicii recuperatorii participes essent » oportebat. »

Tel est le motif rationnel de ce chiffre *trois*, l'explication fort plausible qui nous montre que cette pluralité exigée n'avait rien d'arbitraire.

« Les patriciens, dit M. C. Accarias (1), sont les descendants des conquérants qui seuls auraient formé le *populus*. » Ces conquérants furent divisés en trois tribus, dont les noms *Ramnes*, *Luceres*, *Tatienses*... etc. »

Les patriciens étaient les auteurs du traité d'alliance conclu avec le Latium, les plébéiens n'y avaient pris aucune

(1) Accarias, t. I, p. 24, note 1.

part, et comme c'était ce traité qui avait organisé le *judicium recuperatorium*, il était d'une haute importance pour chaque tribu patricienne de voir l'équité régler en dominatrice les sentences qui pourraient intervenir. Un arrêt dicté par l'injustice, un jugement irrégulier ou inique étant le mépris flagrant de la convention, on avait à redouter une rupture et une guerre, conséquences naturelles mais malheureuses et inévitables d'avoir méconnu la foi jurée. Ces trois tribus étaient donc intéressées à avoir un mandataire siégeant parmi les juges pour prévenir ce danger et rendre impossible une lutte due à la mauvaise justice d'un récupérateur délégué par une autre; aussi chacune d'elles devait, sans aucun doute, désigner un commissaire, ce qui porte à trois le nombre de ces arbitres.

Cette distribution en trois tribus existait également chez tous les peuples latins; au dire de Niebuhr (1), elle était de l'essence de leur répartition, et comme cette juridiction était appelée à fonctionner chez ces nations, la justice, selon ce vœu du traité, était rendue partout suivant les mêmes formes.

La fonction de juge récupérateur fut pendant longtemps inaccessible aux plébéiens. Cette puissante et fière aristocratie romaine était trop jalouse de ses prérogatives pour permettre à la classe inférieure de s'immiscer dans la solution de causes de la plus haute importance relevant du domaine exclusif du droit public. Seuls les patriciens avaient contracté et la plèbe ne prenait aucun part à la vie politique. Le droit public et les avantages immenses qu'il reconnaissait dans la réglementation des affaires de l'Etat étaient un insigne privilège de caste qui permettait de maintenir dans une trop étroite sujétion les plébéiens

(1) Niebuhr, *Histoire romaine*, II, 17-43.

faibles et souvent opprimés Plus d'une inégalité se manifestait entre les deux classes même dans les relations de pur droit privé, les grands n'auraient pas souffert le plus léger empiètement sur le terrain plus important des relations publiques et politiques.

On peut donc accuser Zimmern et Huschke d'être trop absolus lorsque, se fondant sur ce fait que les pérégrins eux-mêmes pouvaient siéger dans le *judicium recuperatorium*, ils affirment qu'il était loisible au magistrat de désigner comme récupérateur tout Romain qu'il lui plairait de choisir (1). Il en fut ainsi lorsque la plèbe, possédant quelque autorité dans les affaires publiques, n'était plus exclue du pouvoir et des honneurs; alors le peuple romain n'était pas seulement le *populus patriciorum*, mais le *romanus populus Quiritium*, et les plébéiens pouvaient désormais participer à la conclusion des traités; mais, appliquée aux premiers temps de l'institution, cette opinion est d'une évidente fausseté.

« Il paraît, dit M. Accarias (2), que ces commissaires » jugeaient dans le pays du défendeur (Denys d'Hal., » VI, 95). » Ceci n'est pas juste, nous le démontrerons plus loin. « Sans doute chaque partie en choisissait un ou » deux dans sa propre nation, puis il devait y avoir un » tiers arbitre nommé d'après des règles que nous ignorons. Ceci admis, on comprend très bien pourquoi, » même à l'époque classique, les récupérateurs sont toujours plusieurs et en nombre impair. »

Nous ne saurions admettre ces assertions malgré la grande autorité scientifique de leur auteur; le savant commentateur ne donne aucune preuve et ne cite aucun

(1) Zimmern, t. I, III, p. 9; Huschke, p. 240.

(2) Accarias, t. II, p. 821, note 1.

texte en faveur de ses allégations, il affirme gratuitement.

Nous devons nous efforcer d'étudier spécialement ce premier âge de formation de la procédure ; le formalisme imposé pour la marche régulière du procès devant ce tribunal se modifie considérablement avec le temps, il se montre par couches successives et stratifiées que l'on ne saurait confondre étant donné plus d'un trait fort caractéristique qui les différencie. Il est vrai, nous ne possédons que de trop rares textes pour étudier cette première époque, mais nous arriverons certainement à la reconstituer et à faire apparaître sa véritable et complète physiologie par l'origine de ce *judicium* et surtout par la nature et la conformation des institutions judiciaires des premiers Romains.

Afin de donner de l'unité à cette exposition, nous serons contraints à redire plus d'un détail de nos précédentes explications, seulement nous ne reproduirons pas les preuves déjà données plus haut de ce que nous avons démontré une première fois.

Un *municeps* ne s'est pas acquitté d'une obligation qu'il avait assumée à l'égard d'un citoyen romain ou il s'est permis à son égard quelque acte délictueux, le Romain de se rendre auprès des fétiaux, de leur formuler ses plaintes et son intention d'exiger une réparation. Aussitôt quelques fétiaux délégués se rendent dans la ville du *municeps*, ils exposent dans des paroles solennelles imposées par les rites du droit fétial l'objet de leur réclamation ; le *municeps* incriminé accède à la demande et s'acquitte de sa dette ou il refuse de s'exécuter, et alors les fétiaux le ramènent à Rome pour y être jugé (1) ; et comme le dit

(1) Denys d'Hal., II, 131 ; III, 138, 186 ; V, 316.

Tite-Live : « Eas res aut ex formula juris antiqui, aut ex » partis utriusque commodo componi. » XXXIV, 572.

Les fétiaux organisaient alors le *judicium* et désignaient dans chaque tribu un récupérateur. Examinons comment ces trois juges étudiaient la question, menaient à fin le débat et rendaient une décision.

Sous la procédure des actions de la loi, lorsque l'on avait accompli les solennités de la *legis actio*, les deux plaideurs disaient à haute voix aux personnes présentes : *testes estote*.

De là découle l'expression de *litis contestatio* qui indique que le *judicium* est définitivement organisé ; la *litis contestatio* marquait donc la clôture de la procédure *in jure*.

Cette *litis contestatio* était alors spéciale et inhérente au seul droit civil, elle était le propre de cette procédure des actions de la loi réservée aux citoyens romains ; on ne l'a certainement pas étendue à des procès engagés avec des étrangers, on se faisait alors scrupule de permettre à des pérégrins l'usage de la législation civile et surtout des formes de ces *legis actiones*, mystérieuses et sacrées.

Le droit fétial poussait fort loin le culte du formalisme et de la solennité ; dans la ville où résidait le défendeur *municeps*, et à Rome lorsqu'ils siégeaient, *in jure*, les fétiaux multipliaient les formules et les cérémonies ; il y avait sans aucun doute une sorte de *litis contestatio* particulière à cette juridiction, et les récupérateurs ayant reçu l'ordre de juger, observaient dans la conduite de l'affaire ce que leur avaient prescrit les fétiaux, après s'être assurés de l'accomplissement exact *in jure* de formalités exigées par le droit fétial.

Les Grecs qui n'ignoraient pas ce genre de fédération, appliquaient dans les conflits de leurs villes qui avaient fait alliance ce principe de la procédure moderne en

vigueur, il est vrai, depuis fort longtemps : « Actor sequi- » tur forum rei ; » en Grèce lorsque les cités s'étaient reconnu par des traités un certain nombre de droits réciproques et importants, les procès qui pouvaient naître devaient être jugés dans le pays du défendeur et selon les lois qui régnaient dans ce pays. Nous l'avons dit plus haut, au dire de M. Accarias, les récupérateurs jugent dans le pays du défendeur ; c'était, comme nous venons de le voir, le principe des Grecs ; tout autre était le principe romain. M. Accarias s'appuie sur un passage de l'historien Denys d'Hal. (VI, 95). Cet écrivain parle de la procédure grecque dans le passage invoqué par M. Accarias ; en divers autres endroits de son histoire (1), Denys expose bien nettement la règle italique qui est fort différente, il la compare même à celle des Grecs, dès lors aucune contestation n'est possible, l'opinion de M. Accarias tombe d'elle-même.

« Sons populo actoris tradendus est, ibique iudicium » debet accipere. » Tel est le principe reconnu dans toute l'Italie, et toujours appliqué dans la solution des débats des villes alliées. Ainsi, selon Denys, l'avait également décidé le traité de 261 ; Niebuhr partage complètement cette manière de voir, il nous affirme l'usage général de cette règle parmi les peuples italiques (2).

Il est vrai, l'interprète allemand Zimmern (page 45) admet la théorie de M. Accarias, mais il se décide sans preuve à l'appui tandis que Sell professe la vraie doctrine par ces mots absolument justes : « On juge l'offensé dans » son pays, c'est-à-dire, le Romain lésé est jugé à » Rome (3). »

(1) Denys d'Hal., VI, 415 ; II, 131 ; III, 138, V, 316.

(2) Niebuhr, I, 684 ; II, 236, *Histoire romaine*.

(3) Sell, page 142.

Les récupérateurs chargés de l'affaire devaient la terminer fort rapidement ; l'équité, qui régnait en souveraine dans le *judicium recuperatorium*, ne permettait pas de retenir à Rome trop longtemps le *municeps* défendeur ; on ne pouvait, sans manquer au droit des gens et aux principes de justice les plus primordiaux, maintenir plus que de raison hors de son pays un pérégrin qui souvent en était fort éloigné.

Les conventions internationales n'avaient pas négligé de réglementer avec précision ce point important, et n'oublions pas ce passage du traité de 261 conclu par Cassius et déjà cité : « Quant à ce qui concerne les plaintes des » particuliers, elles seront jugées *dans les dix jours* et dans » le pays où l'affaire aura été conclue. »

Remarquons avec soin ces derniers mots qui sont pour nous un nouveau *criterium* pour déterminer quel était le tribunal compétent ; lorsque le *municeps* est accusé de quelque acte criminel, d'un fait ayant un caractère délictueux, on applique le principe : « *Sons populo actoris* » tradendus est, etc. ; » nous venons de consacrer à cette règle plus d'une explication ; au contraire, lorsqu'il s'agit d'une obligation, d'un contrat qui n'a pas été exécuté, alors le tribunal compétent est celui du pays où l'affaire aura été conclue ; c'est encore une nouvelle réfutation des idées émises sur ce point par l'interprète Zimmern et par M. Accarias.

Les récupérateurs n'ont donc que dix jours pour instruire la cause et rendre leur sentence, et lorsque plus tard la compétence des récupérateurs fut étendue à certains procès des citoyens entre eux, on resta toujours fidèle à l'antique tradition d'avoir une justice rapide dans cette juridiction. « On a conjecturé, dit M. Accarias, » d'après quelques indications peu précises, que la marche

» des affaires était plus rapide devant les récupérateurs
 » que devant les juges ordinaires (1). » (Gaius, IV, p. 145.
 » — Cic., *Pro Tullio*, 10.)

Ce n'est pas seulement une conjecture, mais c'est une certitude très bien fondée ; l'éminent auteur n'a pas assez analysé les motifs de l'opinion admise par tous les interprètes ; les raisons que nous avons déjà données sont assez plausibles pour nous permettre de dire que nous avons touché à l'évidence et non à de simples probabilités ; nous donnerons encore d'autres arguments de texte qui viendront confirmer notre démonstration première ; peut-être même aurons-nous plus loin à approfondir encore ce point si important de notre étude.

« Dubitavi utrum differem te, an donec suus isti rei
 » veniret locus, jus tibi extra ordinem dicerem. Humanius
 » visum est, tam longe venientem non detinere. » Ce passage de Sénèque (2), rapporté par Huschke dans son estimable ouvrage de *Recuperatoribus*, est un motif sérieux qui montre que l'usage de rendre promptement les arrêts se maintint avec le temps dans le *judicium recuperatorium* ; Sénèque examine dans ce passage les pouvoirs du prêteur en ce qui touche la juridiction et il suppose un procès où l'une des parties est un pèrègrin. Cette idée d'une justice promptement rendue lorsque des étrangers sont en cause se généralisa à Rome ; l'exemple cité par Huschke, et que nous rapportons, le prouve : « Eadem ratione etiam a
 » quibusdam Germaniæ civitatibus, nundinarum celebri-
 » tate florentibus, peregrinorum eo commeantium causa
 » propria quædam judicia constituta sunt, quæ vocantur
 » hospitalitia, et plerumque eodem, quo accepta sunt,

(1) Accarias, p. 822, n° 737, t. II.

(2) Epistola 106, *ad Lucilium*.

» die finiuntur : quo jure exempli gratia ea ipsa, in qua
» hæc scribo, civitas utitur. »

La loi Pinaria de l'année 280 de Rome ne permettait d'aller *in judicio* que trente jours après l'accomplissement des solennités de la *legis actio* (Gaius, IV, 15); cette règle toute de droit civil ne s'appliqua jamais au *judicium recuperatorium* ; même après la disparition des *legis actiones*, elle resta debout, et elle subsistait encore lorsque vivait Gaius, le p. 18 du com. IV de ce jurisconsulte le prouve absolument.

Le délai de trente jours fixé par la loi Pinaria était un minimum imposé à tout plaideur, et il ne faudrait pas croire que le juge fût dans la nécessité de statuer aussitôt après l'expiration de ce temps.

« Cum enim certus ordo esset, quo litigatores in jure
» admitterentur, dit l'interprète allemand Huschke, in
» anno litem (Juvenal 16, 42. Serv. ad Ren. 2, 102. Se-
» nec., ep. 106) et magistratus romani, quibus diebus
» juri dicundo operam dabant, non promiscue omnis
» generis negotia juridicialia tractarent, sed certis quibus-
» dam rebus, in quibus etiam judicis datio, certos dies
» destinare solerent, ex his facile intelligitur, si post tri-
» gesimum diem proximo die eo, qui judicibus dandis
» statutus esset, tua causa anteriores nondum cognitæ
» essent, tum tibi tamdiu opperiendum fuisse, donec
» similis sessionum dies rediisset. »

Le passage suivant de Cicéron confirme la vérité des idées émises par ce jurisconsulte (*in Verr.*, 2, 15) :
« Tum eum docet Heraclius, non posse eo die sortiri,
» quod lex Rupilia vetaret, diebus XXX sortiri dicam,
» quibus scripta esset. Dies XXX nondum fuerant :
» sperabat Heraclius, si illum diem effugisset, ante
» alteram sortitionem Q. Arrium, quem provincia tum

» maxime exspectabat, successurum. Iste omnibus dicis
» (sc. dica. Heraclii ordine prioribus) diem distulit : et eam
» diem constituit, ut hanc Heraclii dicam sortiri post dies
» XXX, ex lege posset. »

Ainsi, lorsque les plaideurs étaient astreints à la filière normale, il pouvait s'écouler un temps fort long avant le prononcé de la sentence, mais lorsque les récupérateurs étaient chargés de juger, c'était *extra ordinem*, l'affaire était bien plus promptement achevée.

Lorsque l'on usait de l'*unus iudex*, c'est-à-dire du juge spécialement réservé aux causes d'intérêt privé des citoyens entre eux, le mode de nomination de ces personnages était un autre motif de retard dans la reddition de la justice.

Les plaideurs pouvaient, il est vrai, choisir leur juge en dehors de l'*album* (1), c'est-à-dire des listes officielles ; mais lorsque ce juge était désigné parmi les inscrits au tableau (*in albo*) (2), il pouvait déjà être chargé de plusieurs affaires, et le dernier procès qui lui était soumis ne devait pas être tranché avant les précédents qui lui avaient été confiés ; de là des lenteurs et des retards.

Au contraire, dans le *judicium recuperatorium*, l'on va très vite, témoin Pline nous disant dans une de ses lettres (3, 20) : « Nam ut in recuperatoriis judiciis, sic nos » in his comitiis, quasi repente apprehensi, sinceri iudices » fuimus. »

Nous lisons également dans Cicéron (*Divin.* 17, de *Cæcilio*) : « Judicium dat statim, si pareret, eam, se et sua » Veneris esse, dixisse, judicant recuperatores id, quod » necesse erat. »

(1) Accarias, t. II, n° 737.

(2) Sénèque, de *Benefic.*, 3, 7 ; Aulu-Gell., *N. att.*, 14, 2.

Et dans le *Pro Tullio*, n° 10 : « .. et recuperatores » dare, ut quam primum res judicaretur. » Enfin Gaius nous dit dans le p. 185 de son com. IV : « Fiunt autem » vadimonia quibusdam ex causa pura, id est, sine satisfactione ; quibusdam, cum satisfactione ; quibusdam, jure » jurando ; *quibusdam, recuperatoribus suppositis*, id est, » ut qui non steterit, *is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnatur* : eaque singula diligenter » prætoris edicto significantur. »

Il nous reste à achever l'étude de cette procédure primitive. Nous l'avons déjà dit, l'équité et l'égalité étaient religieusement observées dans le traité de 261 et dans la juridiction des récupérateurs qu'il avait établie : « Item in » fœdere latino, pecuniam quis nancitor habeto, et si » quid pignoris nancitor, sibi habeto (1). »

Les récupérateurs instruisaient la cause en se conformant aux instructions des fétiaux ; cette phase de la procédure devait être tout à fait semblable au système formulaire ; et nous n'hésitons pas à dire que l'idée de faire usage des formules dans la solution des litiges fut pour la première fois réalisée à Rome dans le *judicium recuperatorium* ; nous aurons plus loin à étudier de nouveau cette question d'un haut intérêt scientifique dans la connaissance de la formation du second système de procédure romaine ; là est le secret de la naissance de ce mode si simple et si rationnel de rendre la justice.

Que les fétiaux aient tracé dans des formules la tâche imposée aux récupérateurs, que les récupérateurs aient été contraints d'observer rigoureusement ces instructions écrites, cela nous paraît incontestable. Cette juridiction qui fonctionna si longtemps avant la procédure formulaire

(1) Festus, s. v. *Nancitor*.

fut mise en pratique à Rome à l'époque des actions de la loi; or tous les témoignages des auteurs, tous les textes les plus anciens et les plus irrécusables qui nous montrent tout le formalisme de cette procédure réservé aux seuls citoyens, ne nous disent nullement que ce système ait été également mis en pratique dans les contestations avec les étrangers, ni même qu'il ait été quelque peu transformé dans le *judicium recuperatorium* afin de satisfaire à ce nouveau besoin créé par les relations internationales.

À une époque moins ancienne, Gaius, dans son commentaire IV (p. 46), nous montre l'emploi des formules dans les procès confiés aux récupérateurs; et comme aucun texte ne nous indique que l'on ait adopté un autre système dans les époques précédentes, nous sommes admis à conclure avec Collmann et Zimmern que toujours l'on usa de ce mode de procéder devant cette juridiction du droit des gens (1); de même les dix jours de délai fixés pour l'instruction et le jugement définitif de la cause, rigoureusement imposés aux juges par le traité de 261, traversèrent les temps, constituèrent une tradition stable d'équité que le cours des âges ne put altérer, et *devinrent un des motifs de l'introduction de ces arbitres dans les causes entre citoyens*; les avantages incontestables d'une justice aussi promptement rendue ne pouvaient échapper à la grande sagacité et au bon sens pratique du prêteur.

Nous devons pour être complet ajouter cette considération si juste de Collmann à laquelle nous adhérons pleinement (2): « Nobis tamen persuasum esse oportet, » *recuperatores verbis, quibus fetiales judicium constituerint et judicandi viam demonstraverint, non tam*

(1) Zimmern, I, I, III, p. 47; Collmann, p. 47 et 48.

(2) Page 48.

» arcte sese adstringere debuisse, quam postea iudices
» in legitimis judiciis, quæ sine dubio arbitriis antecesserant, sed æquitatem secutos esse, propterea quod municipibus, quibuscumque deorum auctoritate sese conjunxerint Romani, æquum jus reddere debuerint. »

Des témoins peuvent être appelés pour éclairer les juges, on use fort souvent de ce mode de preuve dans la procédure déterminée pour cette juridiction, et plusieurs textes fort précis nous indiquent que ces témoins doivent nécessairement être au nombre de dix.

Le chapitre v de la *lex Mamilia* supposant un procès soumis aux récupérateurs ajoute : « Inque eam rem is, qui hac lege judicium dederit, testibus publice duntaxat decem denuntiandi potestatem facito, ita ut e republica fideque sua videbitur. »

» Quanti ea res erit, dit aussi un fragment de l'*edictum perpetuum* que nous a conservé Valerius Probus, tantæ pecuniæ judicium recuperatorium dabo testibusque duntaxat decem denuntiandi potestatem faciam. »

Cicéron nous affirme également dans le parag. 9 de sa harangue *pro Cæcina* l'usage de dix témoins dans le *judicium recuperatorium*.

Mais pourquoi ce nombre dix et non pas un autre, trois, cinq par exemple? La raison se demande si cet usage constant d'un nombre de témoins fixé à l'avance n'est pas une de ces mille formes solennelles, matérialistes et fort arbitraires, si fréquentes dans la vie juridique des Romains anciens?

Cela permet de juger vite, de rendre promptement une sentence et un arrêt, disent les jurisconsultes Zimmern et Huschke (1); cela est fort juste, mais, à notre avis, là

(1) Huschke, p. 244 ; Zimmern, I, I, III, p. 17, note 6.

n'est pas le vrai motif qui permette de justifier cette particularité de procédure.

Les textes du Digeste se contentent toujours de deux témoins (1); on n'en demande pas plus devant les juridictions de droit commun, le juge n'est jamais obligé de croire tout ce qu'ils disent; il peut, si bon lui semble, ne tenir aucun compte de leurs affirmations; les jurisconsultes prennent même le soin de lui formuler ce conseil pratique, cette règle de bon sens vraie et applicable dans tous les temps : « In testimoniis autem dignitas, dit Modestin » (lib. VIII, *Regularum*), fides, mores, gravitas est examinanda : et ideo testes, qui adversus fidem suam testimony vacillant, audiendi non sunt. »

Puisque dans la plupart des causes deux témoins suffisent pour faire la lumière, il ne faut donc pas exagérer cette idée que dix témoins permettent de terminer plus promptement le débat.

Nous croyons avec Collmann que ce nombre dix s'imposait à l'époque où apparut à Rome cette juridiction du droit des gens; c'étaient les seuls patriciens qui étaient censés être juges, trois récupérateurs choisis dans chacune des tribus de l'aristocratie étaient les mandataires de cette puissante classe noble pour rendre la justice; ces dix témoins correspondaient aux dix décuries du Sénat, nous en avons la preuve dans ces mots déjà cités de la *lex Mamilia* : « Testibus publice duntaxat decem denuntiandi potestatem facito, ita ut e republica fideique sua videbitur. »

Aussi l'on serait amené à conclure que ces dix témoins étaient peut-être seulement *ad solemnitatem* et fort peu *ad probationem*; la vérité est qu'ils répondaient à ce double besoin.

(1) L. 2; l. 3, p. 1 et 2; l. 21, p. 3; l. 12; de *Testibus*, XXII, 3.

Nous croyons devoir appeler l'attention sur ces mots également et identiquement reproduits dans la *lex Mamilia* et dans le fragment déjà donné de l'*edictum perpetuum* : « Testibus duntaxat decem denuntiandi potestatem » facere. »

Cette même manière de dire dans deux textes si différents démontre bien la nécessité de ce nombre dix.

Sans aucun doute, la sentence était rendue suivant l'opinion de la majorité (1) ; l'on procédait ainsi dans le tribunal des centumvirs et dans toutes les juridictions de Rome. Quant aux effets de la chose jugée et à l'exécution de l'arrêt, le *municeps* condamné était obligé de payer, sinon il donnait une caution, et même, à défaut de répondant, il était probablement contraint de rester à Rome jusqu'à ce qu'il se fût acquitté de son obligation.

Les effets juridiques produits étaient certainement les mêmes que ceux du *judicium civile et legitimum* (2) ; une obligation née entre les Romains et les municipes, créant un lien de droit absolument analogue à celui d'un contrat intervenu entre deux Romains, il devait en être de même des sentences qui la sanctionnaient.

(1) Zimmern, I, I, III, p. 15 ; loi 19, D., *ad Municip.* ; loi 160, p. 1, *de Reg. jur.* ; loi 39, *de Re jud.*, D., XLII, 1.

(2) Zimmern, I, I, III, p. 17, *in fine*.

CHAPITRE IV

Comment faut-il interpréter certains textes qui ne parlent que d'un seul récupérateur et non de trois ? — Immense transformation du *judicium recuperatorium*. — Disparition des anciens municipes. — Au prêteur pérégrin incombe désormais d'organiser l'instance. — Autre principe de compétence : *Actor sequitur forum rei*. — Nouveau système de nomination des récupérateurs. — Mécanisme de la procédure. — Ce sont des *judicia privata imperio continentia*. — Formules *in factum*. — La juridiction des récupérateurs suggère l'heureuse idée de substituer le système formulaire aux actions de la loi.

Un fait important que nous nous sommes efforcé de mettre en relief et que l'on ne doit pas oublier, c'est que les récupérateurs, lorsqu'ils quittèrent par la force des choses le domaine des contestations soulevées par les municipes, jugèrent toujours au nombre de trois ; une multitude de textes de dates fort différentes le démontrent surabondamment ; dès lors il nous reste à expliquer certains autres textes assez rares, il faut le reconnaître, et où l'on ne mentionne l'intervention que d'un seul et unique récupérateur.

L'explication en est des plus simples et tous les interprètes qui ont écrit avec quelque autorité sur la matière sont unanimes à l'adopter (1). Nous voulons parler de quelques passages de Cicéron. (*Pro Cæcina*, 3, 21 ; act. II,

(1) Zimmern, I, I, III, page 17, note 17 ; Huschke, pages 248 et 249 ; Collmann, page 36.

in Verr., III, 11, 29, 49, 60.) Il nous semble utile de les citer textuellement :

« At si quis mihi hoc judex recuperatorve dicat, etc. », dit le grand orateur (*pro Cæcin.*, 3). *Ibid.*, 21 : « Non » enim reperies quemquam judicem aut recuperatorem, » qui tanquam si arma militis inspicienda sint, ita probet » armatum. » *In Verr.*, 3, 11 : « Nam de conventu nulum unquam judicem nec recuperatorem dedit. » *Ibid.*, c. 29 : « At arator repetere poterat. Verum Artemidoro » recuperatore. » *Ibid.*, c. 49 : « Atqui tum neque judicium de modo judgerum dabatur ; neque enim erat Artemidorus recuperator. »

Ajoutons ce passage de Lactant., *Inst.*, 3, 20 : « Timuit » videlicet, ne apud Rhadamanthum recuperatorem voti » reus fieret. »

Ces fragments ne signifient nullement qu'un seul récupérateur était chargé de trancher le procès ; *ils traitent purement et simplement d'un des trois récupérateurs à qui était imposée la tâche commune de juger réunis.*

Nous croyons fastidieux de transcrire ici quelques fragments mutilés de la *lex Thoria* (2-26) que l'on appelle aussi *lex Agraria* et de la *lex Multatitia* ; l'érudition allemande elle-même désespère de pouvoir jamais les traduire ; les lacunes sont par trop grandes. On peut du reste parfaitement leur appliquer l'explication déjà donnée pour les textes de Cicéron ; enfin la loi Thoria, dans d'autres passages, nous parle de trois récupérateurs. (Sect. I, v. 33, 34 ; sect. II, v. 22, 25.)

Cicéron lui-même nous mentionne toujours plusieurs récupérateurs et particulièrement dans le *pro Cæcin.* et *in Verr.*, c'est-à-dire, dans les mêmes harangues où quelquefois il ne désigne qu'un seul récupérateur. (Cicéron, *in Verr.*, III, 58) (*pro Cæcin.*, 1, 2, 4, 9, 11, 15, 25, 27,

29, 32, 35) (*Divin.*, 17) (*pro Tull.*, 1, 5, 12) Ajoutons en outre : Gell. XX et Suét. *in Nero*, 17 ; *Domit.*, 8, etc.

Le jurisconsulte Gaius oppose sans cesse les récupérateurs, c'est-à-dire plusieurs juges (*recuperatores*) au juge unique. (Com., §§ IV, 104, 105, 109, 141.)

Enfin, dernière raison absolument décisive, Gaius, dans le p. 46 de son com. IV, nous énonce la formule que le préteur donnait pour les procès soumis aux récupérateurs, il se sert du pluriel : « *Recuperatores sunt*, etc. »

Dans les âges suivants notre institution sera profondément transformée, et les *judicia recuperatoria* ne relevant plus désormais du domaine du droit public seront réduits au rang moins élevé de simples *judicia privata*.

Le droit religieux fut bientôt frappé d'un irrévocable arrêt de décadence ; les plébéiens, dont la foi fut toujours assez tiède parce que souvent la religion était dans les mains des patriciens un puissant moyen d'oppression, conquièrent un certain nombre de droits importants réservés auparavant à la seule aristocratie.

Ils furent désormais aussi bien que les grands institués juges récupérateurs. Une immense modification se produisit dans la condition juridique des anciens municipes ; en 400, Rome conclut une alliance avec les Samnites, elle créa pour la dernière fois une fédération analogue à celles de 261 et de 268 ; devenue puissante, elle oublia bien vite l'égalité de droit reconnue par elle aux municipes depuis plus d'un siècle et ses armées accablèrent les Latins qui en 414 avaient osé solliciter le maintien des vieux traités et la jouissance dans la grande ville de certains droits publics.

Les anciens municipes conservent seulement le *commercium* avec les Romains, mais ils sont soumis à la république ; on les traite désormais non comme des alliés mais

comme des vaincus, et Rome ne se montre pas plus clément à l'égard des municipes plus récents.

L'année où les Latins sont écrasés, l'antique *judicium recuperatorium* expire, et après la création du préteur urbain en 388, ce fut ce magistrat qui, à partir de 416, fut chargé d'organiser les procès où étaient parties des municipes ou des pérégrins plaidant avec des citoyens.

Le rôle des fétiaux s'amoindrit, ils n'interviennent plus dans la procédure, ce ne sont que de simples agents d'extradition.

Les Samnites sont définitivement vaincus en 482, et, en 488, presque toute l'Italie est soumise aux Romains. A cause des relations commerciales qui se sont multipliées, les pérégrins et les municipes affluent à Rome en grand nombre, et dès 507, peut-être même dès 482, un nouveau magistrat, le préteur pérégrin, est institué pour régler entre les étrangers et les citoyens les contestations d'intérêt privé qui se multiplient.

Ce *prætor peregrinus* était alors seul compétent pour organiser ces sortes d'instances ; le p. 46 du com. IV de Gaius déjà cité plus haut nous montre ce magistrat instituant les récupérateurs pour juger et employant une formule pour tracer à ces arbitres ce qu'ils devaient faire : « *Recuperatores sunt* : si paret... etc. »

Ne l'oublions pas, le procès selon l'antique tradition est jugé fort rapidement, et l'on use toujours des dix témoins ; les récupérateurs continuent à être au nombre de trois (1).

Aux antiques principes de compétence, « *sons populo* » *actoris tradendus est et rerum privatarum judicationes* » *fierent apud eum populum, cujus in finibus negotium* » *gestum esset*, » on substitue la règle grecque « *actor*

(1) M. Accarias, n° 737, t. II.

» rei forum sequi debet ; » nous en avons la preuve dans ce passage de Cicéron (act. II, *in Verr.*, II, 13.) : « Quod » civis romanus a Siculo petet, siculo iudex datur, quod » Siculo a cive romano, civis romanus datur. »

Au dire de M. Accarias (n° 735), cette règle « actor » sequitur forum rei » fut absolue pendant toute la durée des deux premiers systèmes de procédure, sauf des exceptions, etc. « Elle signifie, dit le docte interprète, que le » défendeur peut toujours être poursuivi devant le magis- » trat de son domicile, qu'il peut l'être aussi devant le » magistrat de sa patrie lorsqu'elle ne se confond pas avec » son domicile, et enfin que, s'il est citoyen romain, il » peut en outre être poursuivi à Rome. »

Ce procédé de livrer le défendeur coupable à la justice du pays du demandeur était désormais d'une manifeste inutilité, et présentait plus d'une difficulté pratique.

Maintenir cet ancien usage était inutile puisque les municipes jouissent du *commercium* et sont sur plus d'un point soumis à l'administration romaine et même à la juridiction de la république ; puis, si les pérégrins ou les municipes se trouvent à Rome, ils ne peuvent décliner un débat judiciaire avec les citoyens ; un refus de s'en rapporter aux juges institués par le préteur eût été une injure grave dirigée contre l'Etat.

L'antique règle eût été souvent d'une application impossible, car lorsque l'on avait affaire à des pérégrins, ils pouvaient être fort éloignés de Rome, et il eût été peu commode d'envoyer au loin des fétiaux pour réclamer leur extradition ; puis les relations avec les pérégrins et les municipes s'étant beaucoup développées, les procès étant de même de plus en plus fréquents, il eût fallu multiplier indéfiniment les agents d'extradition.

Le résultat direct de la règle *actor sequitur forum rei*,

combinée avec les explications précédentes, était que presque tous les débats de ce genre étaient jugés à Rome.

Quelles personnes dans cette seconde période de la procédure du *judicium recuperatorium* si différente de la première pouvaient être nommées récupérateurs?

« *Neminem voluerunt majores nostri non modo de
» existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem re
» minima esse judicem, nisi qui inter adversarios conve-
» nisset.* » (Cicéron, *pro Cluent.*, c. 43.) Dans ces quelques mots de l'orateur se trouve la réponse vraie à faire à la question. « Le juge, a parfaitement dit M. Accarias en se
» fondant sur ce passage de Cicéron, doit être choisi ou
» agréé par les parties. » (T. II, n° 737.) Ce principe est spécialement applicable dans une procédure inspirée par le droit des gens et où l'équité domine; on avait banni de cette juridiction toutes les rigueurs du droit civil, son formalisme souvent peu équitable.

Toute personne, plébéien, pérégrin, citoyen romain, pouvait être récupérateur. Le magistrat, comme l'ont parfaitement reconnu Zimmern, Huschke, Collmann et avec eux M. Ortolan qui a su en quelques lignes émettre des idées en général fort exactes et assez complètes sur le sujet, choisissait comme récupérateur qui bon lui semblait en se conformant toutefois à la volonté des plaideurs. Rappelons-nous ce passage de Pline déjà cité : « *Nam
» ut in recuperatoriis judiciis, sic nos in his comitiis,
» quasi repente apprehensi, sinceri judices fuimus.* »

Les deux plaideurs, dont l'un au moins était étranger, devaient donc comparaître devant le prêteur pérégrin et lui exposer réciproquement leur affaire.

» Comme il n'était pas ici question de droit civil, dit
» fort bien M. Ortolan (n° 1911, page 511), mais que tout
» était à régler par l'*imperium* et par la juridiction du

» préteur, celui-ci délivrait aux parties une sorte d'ins-
» truction écrite ou sentence conditionnelle, selon l'ex-
» pression de M. de Savigny, rédigée pour les récupéra-
» teurs, dans laquelle, après avoir constitué ces derniers
» dans leur pouvoir en ces termes : *Recuperatores sunt*,
» il leur indiquait la décision qu'ils auraient à prononcer,
» vérification faite des points soumis à leur appréciation.
» C'est ce qui se nomme une formule (*formula*), qu'il
» faut soigneusement distinguer des formules ou paroles
» sacramentelles prononcées dans les actions de la loi. »

Nous le savons, les récupérateurs sont choisis au nombre de trois et *extra ordinem*, c'est-à-dire qu'on ne les prend pas sur l'album des *judices selecti*. Cette pluralité de juges n'est pas seulement due à un respect persistant pour le passé, elle a un motif fort rationnel qui la justifie ; il n'eût pas été équitable de confier l'affaire à un seul arbitre. Comment ne pas considérer comme partial et suspect un Romain rendant seul la justice à un étranger plaidant avec un citoyen ? Un juge unique pérégrin n'eût pas présenté plus de garantie à l'égard du citoyen.

» On admet généralement, dit M. Accarias, que les
» récupérateurs peuvent être pris en dehors des listes
» officielles. Je n'ose, en l'absence de preuves, m'élever
» contre cette opinion ; cependant un fragment de la *lex*
» *agraria*, connue sous le nom de *lex Thoria* (cap. I, p. 17),
» témoigne très clairement que dans certains cas, sinon
» dans tous, les récupérateurs devaient appartenir à une
» classe de personnes déterminées. »

Il ne faut pas exagérer la portée de ce texte ; Huschke(1) cite d'autres fragments de cette même loi Thoria qui semblent consacrer le principe général que nous avons

(1) Huschke, p. 245, de *Recuperatoribus*.

démontré plus haut et de plus un récit de Polybe qui est bien formel (*Histor.*, 6, 17). Ce passage de la loi Thoria consacre une exception fort restreinte.

Les *judicia recuperatoria* de cette époque créés de toutes pièces par le *jus honorarium*, organisés par le préteur qui ici réglemeute tout selon l'équité, se distinguent profondément des *judicia legitima*, et sont avant tout des *judicia bonæ fidei* ; ce sont donc, et ce point est important, des *privata judicia quæ imperio continentur*.

Il nous reste dès lors à préciser le sens pratique de ces expressions, *judicium imperio continens*, et spécialement à étudier la formule faite pour guider les récupérateurs et dictée par le préteur pérégrin ; le jurisconsulte Gaius nous fournissant dans son quatrième commentaire plus d'un renseignement avec l'heureuse netteté de langage qui le caractérise, il nous sera aisé d'arriver à la vérité et de la démontrer aux plus sceptiques par d'incontestables raisons.

Les *judicia imperio continentia* subsistaient jusqu'à l'expiration des fonctions du magistrat qui avait délivré la formule, mais ils ne pouvaient jamais subsister plus longtemps ; c'est du reste l'admission de ce principe qui explique leur dénomination. (Gaius, C. IV, p. 105.)

Dans les par. 104 et 105 Gaius montre bien les différences qui ne permettent pas de confondre le *judicium legitimum* et le *judicium imperio continens*, il nous semble inutile d'entrer dans tous ces détails.

« C'est donc par dérogation au droit civil primitif, dit » M. Accarias (t. II, n° 774), que plus tard on admit la » possibilité d'organiser un *judicium* soit hors de Rome, » soit entre plaideurs qui ne fussent pas tous Romains, soit » devant un juge pérégrin ou devant des *recuperatores*. » Peut-être même que l'initiative de ces innovations fut

» prise par le préteur. Et voilà pourquoi ces nouveaux
» *judicia* furent considérés comme une dépendance de son
» *imperium*, pourquoi aussi on leur attribua des effets
» moins pleins et moins absolus qu'aux *judicia legitima*. »

Il ne pouvait pas être ici question de droit civil, et, puisqu'on est en dehors de ce droit, le préteur pérégrin ne peut pas dans sa formule poser aux récupérateurs une question de droit civil.

Ce magistrat se contente d'exposer les faits qui se sont passés, suivant les allégations des parties, et il ordonne aux récupérateurs de les vérifier ; par exemple : « Recu-
» peratores sunt. Si paret Aulum Agerium apud Nume-
» rium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque
» dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non
» esse (1). »

Puis, selon que ces faits seront oui ou non vérifiés, le préteur pérégrin ajoute ces mots par lesquels il donne aux récupérateurs le pouvoir d'absoudre ou de condamner, leur indiquant la condamnation à prononcer, quelquefois d'un manière rigoureusement précise, quelquefois avec une certaine latitude ; par exemple : « Quanti ea res erit,
» tantam pecuniam recuperatores Numerium Negidium
» Aulo Agerio condemnate : si non paret, absolvite. »

Il n'y a que deux parties dans ces formules : la première qui est l'*intentio* et qui contient les faits à vérifier et à apprécier, sous cette forme conditionnelle, *si paret*, s'il est prouvé ; la seconde qui est la condamnation à prononcer, avec la mission alternative d'absoudre si les faits ne sont pas prouvés, *si non paret*.

Cette espèce de formule est celle qu'on dit être conçue en fait, *in factum concepta*.

(1) Gaius, *Com.* IV, p. 46 et 47.

« C'est, sans doute, dit M. Ortolan, la première créée,
» c'est la seule régulièrement possible pour les pérégrins. »

Et puisque l'*intentio* de la formule est conçue *in factum*, l'action est *in factum* ; et lorsque plus tard le système formulaire sera le seul employé dans les procès des citoyens, il sera possible, notamment lorsque l'on n'aura pas affaire à une question de droit civil, que la formule se compose de deux parties seulement, c'est-à-dire soit conçue *in factum*.

« Par la même raison que le droit civil ne peut recevoir ici d'application, dit M. Ortolan, il ne peut pas y être question pour le juge de reconnaître ni d'attribuer aucune propriété *ex jure Quiritium*, aucun de ses démembrements, aucun état ou droit réel, ni même de faire exécuter directement et en elle-même aucune obligation suivant les règles du droit civil : la condamnation ne peut pas avoir pour objet, comme dans les actions de la loi, la chose même demandée. Tout se résout, dans tous les cas, en une somme pécuniaire en laquelle le prêteur pérégrin, en vertu de sa puissance et de sa juridiction, autorise les récupérateurs à condamner le défendeur s'il succombe. Voilà, selon moi, l'origine de ce principe remarquable, qui devient le caractère particulier du système formulaire, même après son extension aux citoyens, savoir que toute condamnation y est pécuniaire. Nous lisons dans Gaius (C. IV, p. 48) : « *Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est.* »

Surtout ne l'oublions pas, dans les actions de la loi le droit à appliquer était le droit civil ; ici, le droit est à créer et c'est le prêteur lui-même qui le crée en quelque sorte dans chaque débat où il délivre une formule.

L'introduction du *judicium recuperatorium* dans la pra-

tique romaine contribua puissamment à l'accroissement de l'*imperium* du magistrat. Sous les actions de la loi, le magistrat ne fut jamais que le gardien préposé pour veiller à l'accomplissement strict du formalisme du droit civil, mais lorsque les circonstances l'obligèrent d'intervenir désormais dans les procès entre pérégrins, il fut le régulateur suprême de la procédure tout en se conformant au droit des gens ; il fut même législateur : « Non lege obtinens neque vigorem judiciorum recuperatoria, sed solo magistratus imperio. »

L'étude attentive de cette seconde époque du *judicium recuperatorium* va nous permettre de fouiller les origines ténébreuses du système formulaire et de percer le voile qui entoure la naissance de cette procédure qui subsista et régna en souveraine pendant la période la plus importante et la plus scientifique du droit romain.

Au ^{vi}^e siècle de Rome la loi *Æbutia* consacra définitivement l'usage de plaider par formules dans tous les procès, cette sorte de procédure devint le droit commun. Mais l'idée mère du système, le mécanisme formulaire fut créé par le *judicium recuperatorium* ; MM. Accarias et Ortolan n'hésitent pas à le reconnaître.

La procédure en usage devant la juridiction des récupérateurs eut l'insigne privilège de porter un coup aux *legis actiones*, de faire brèche à leur formalisme puéril et gênant, et de faire faire un grand pas au droit romain dans la voie du progrès et de la raison ; c'est elle qui suggéra l'idée du système formulaire dont elle n'était qu'une des applications.

On remarqua bien vite combien la pratique en usage dans les procès où intervenaient des pérégrins était commode et conforme aux besoins de la civilisation naissante.

Dès que le nouveau système de procédure fut adapté aux

débats entre les seuls citoyens et dès que le droit civil intervint dans les formules, le préteur dut ajouter à l'*intentio* et à la *condemnatio* d'autres parties absolument inutiles lorsque ce mode de rendre la justice était usité dans les débats où intervenaient des étrangers.

« Alors, dit M. Ortolan (1), les préteurs s'efforcèrent de
» paraître, autant que possible, enter leur nouvelle procé-
» dure sur les actions de la loi, en imitant de celles-ci
» les pratiques et les paroles qui pouvaient facilement se
» transporter dans leur système, imitation dont il est
» curieux de suivre la filière, et qui nous montre par quel
» acheminement successif la nouvelle procédure parvint à
» se substituer partout à l'ancienne. »

(1) Voir n° 1916.

CHAPITRE V

Le préteur donne les récupérateurs dans certains procès où les plaideurs sont tous deux citoyens. — Il s'agit toujours de débats ayant un caractère public et devant être promptement terminés.

« Ce serait une question intéressante, dit M. Accarias, » que de savoir s'il y avait des causes, et quelles elles » étaient, qui dussent être nécessairement portées devant » des récupérateurs et non devant un juge unique. Mais » à cet égard les textes ne nous donnent guère de » lumière. On peut conjecturer que sous l'empire les » *recuperatores* connaissaient exclusivement des questions » d'Etat. (Suét., *Vesp.*, 3; l. 36 et 38; *de Re judic.*, XLII, 1.) » Mais nous avons la certitude qu'en plusieurs cas, notam- » ment en matière d'injures et d'interdits, leur compé- » tence n'était que facultative pour les parties. » (Gaius, 3, p. 224; IV, p. 141; Aulu-Gell., XX, I, 13; Cicéron, *de Inv.*, II, 21.)

Il s'agit donc de déterminer les procès dans lesquels les récupérateurs avaient mission de juger, bien que les deux plaideurs fussent tous deux citoyens romains.

Nul doute que le préteur, en vertu de son *imperium*, ne pût dans son édit décider qu'il donnerait dans certains débats entre citoyens les récupérateurs et non l'*unus iudex*.

Lorsque l'on examine avec soin le caractère des diverses

causæ recuperatoriæ que nous ont transmises les juriscultes et les écrivains, on déduit sans hésiter ce principe général : que les préteurs ont usé des récupérateurs lorsque le débat offrait quelque intérêt d'ordre public, lorsqu'il devait pour cette raison être promptement terminé; nous avons la certitude de ces assertions dans l'énumération de *causæ recuperatoriæ* faite par les auteurs : « Injuriarum » actio, actio vi bonorum raptorum, interdicta, formula » qua usus est patronus adversus libertum qui eum in » jus vocaverat contra prætoris edictum, vadimonium » desertum, *causæ liberales* et *causæ fiscales*. »

La justesse de notre *criterium* ne peut pas être mise en doute pour les *causæ fiscales*, et les textes suivants prouvent qu'elles étaient en effet soumises aux récupérateurs. (*Lex Mamilia*, c. 5; Suéton., *Ner.*, c. 17.)

Que les récupérateurs aient été employés, dans certains cas, dans les *causæ liberales*, cela résulte de textes fort précis (Plaut, *Rudent*, V; Suéton., *Domitian.*, 8; *Vesp.*, 3), mais il est à peu près impossible d'affirmer les hypothèses où était absolument imposée la juridiction des récupérateurs.

Ces faits et ceux qui vont suivre montrent que l'on peut découvrir plus d'une vérité sur ce point spécial de notre étude, et sans pouvoir, il est vrai, dissiper tous les doutes, on arrive à plusieurs résultats certains dans cette recherche; M. Accarias ne nous semble pas dans le vrai lorsque, dans les lignes que nous citons plus haut, il affirme que toute assertion générale de ce chef n'est qu'une conjecture.

M. Ortolan, au contraire, d'accord en cela avec les interprètes allemands Collmann, Zimmern, Huschke, se rallie à notre manière de voir.

Gaius, dans le n° 37 de son com. IV, nous montre le préteur urbain donnant contre un pérégrin l'action *furti*

avec l'*unus judex* et non les récupérateurs, mais en usant de cette fiction de supposer pour un instant que le pérégrin est citoyen ; il eût été inique de refuser l'action dans ce cas là, et, comme l'a parfaitement dit Collmann : « Sed » hoc civitatis fictione adhibita eodem modo factum est, » quo servi quoque agere poterant, si cetera omnia civilis » actionis requisita aderant. »

N'oublions pas non plus d'observer, avec le jurisconsulte Huschke, que le magistrat romain, s'il donnait des récupérateurs dans certains procès entre les citoyens, prescrivit également quelquefois et longtemps du reste après l'admission du système formulaire comme procédure générale, l'emploi de l'*unus judex* dans certains débats où intervenaient des pérégrins (Gaius, IV, p. 105.)

Il nous reste à terminer notre énumération des cas litigieux où entre deux plaideurs citoyens les récupérateurs remplaçaient l'*unus judex*.

Aulu-Gell., XX, 1 et Cicéron (*de Inv.*, II, 20) nous disent que les préteurs : « edixisse injuriis æstimandis recuperatores se daturus ; » et il s'agit toujours d'injures qui semblent atteindre la république elle-même.

La même idée apparaît lorsque l'on se demande pour quelle raison le préteur donna des récupérateurs dans l'action d'*in jure*.

Nous lisons en effet dans Cicéron, *pro Tullio*, n° 8 : « His temporibus quum ex bello diuturno atque domestico » res in eam venissent consuetudinem, ut homines minore » religione armis uterentur, necesse putavit esse, et in » universam familiam judicium dare, quod a familia factum » diceretur ; et recuperatores dare, ut quam primum res » judicaretur ; et poenam graviolem constitueret : ut metu » comprimeretur audacia. »

Inutile de continuer cette énumération qui confirme

absolument notre *criterium* dans toutes les hypothèses que nous ont transmises les auteurs.

Comment disparurent les récupérateurs ? Dans le silence des auteurs et des jurisconsultes, il est impossible de le dire ; on peut faire des conjectures, mais on ne saurait donner aucune solution certaine.



DROIT FRANÇAIS

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Il est toujours intéressant de remonter à l'origine des choses, mais lorsqu'il s'agit d'approfondir une institution, il faut étudier son passé; c'est une recherche qui s'impose; plus que jamais l'on doit mettre en pratique ces mots si vrais de Montesquieu : « Il faut éclairer les lois par l'histoire (1). »

SECTION I

ORIGINE HISTORIQUE

La donation de biens à venir est d'origine germanique; selon la législation romaine l'institution d'héritier ne pouvait avoir lieu que par testament, et les jurisconsultes semblent s'être peu préoccupés de favoriser le mariage.

Le droit civil de Rome, dont le lumineux bon sens a traversé les siècles et inspiré nos Codes, était trop jaloux de la liberté testamentaire pour permettre qu'elle fût jamais aliénée par un contrat; une de ses maximes fonda-

(1) *Esprit des Lois*, liv. XXXI, chap. II, *in fine*.

mentales était, que l'institution d'héritier ne pouvait avoir lieu que par testament; et l'antique législateur des Douze Tables comme les grands jurisconsultes classiques accordaient au père le pouvoir de disposer le plus absolu, et le droit jusqu'à sa mort de revenir sur sa disposition (1).

Le formalisme des premiers âges, créé par les nécessités de la vie pratique d'une société peu éclairée, avait donné naissance au testament *per æs et libram*. Durant la première phase de ce mode de tester, l'opération présentait un caractère définitif; la mancipation rendait irrévocable l'acquisition du *familiæ emptor*; que devient dès lors ce fameux principe de la liberté testamentaire? Est-ce une exception incontestable à cet axiome des Douze Tables et des époques suivantes? Oui, répondent des auteurs allemands, oui, voilà sans aucun doute une restriction à la liberté de tester; bien plus, là est l'origine, le premier germe de l'institution contractuelle.

M. Echsbach (2), dans un remarquable article, répond faiblement à cette opinion qu'il ne saurait partager : « C'est de la législation primitive, dit-il; *antiquæ fabulæ*. »

Il nous semble que l'on peut répondre directement à une objection aussi peu fondée... Dans ces premiers âges, le droit ne s'était point encore spiritualisé, l'on prenait au sérieux les paroles consacrées, le rite solennel de la mancipation. C'est le formalisme des lois de l'époque qui donnait à l'opération l'irrévocabilité; mais la liberté testamentaire n'en existe pas moins dans son intégrité.

Obéissant à des idées élevées, le législateur moderne a compris la dignité du mariage, et nos lois inspirées par la

(1) *Paterfamilias uti super familia, pecuniave sua legassit, ita jus esto...* (*Tabula quinta*.)

(2) *Revue de législation*, année 1840, p. 128, t. XI.

morale veulent par de sages moyens encourager les unions légitimes. A Rome, au contraire, la plupart des jurisconsultes semblent n'avoir pas vu le côté élevé de cette grande institution. L'épouse n'est que la première esclave de son mari, elle vit sous une perpétuelle tutelle, et pendant bien des siècles le législateur paraît bien peu préoccupé de sa situation si inférieure. La philosophie grecque, dont l'incontestable influence éclate dans beaucoup de monuments législatifs, ne put jamais suggérer un système moral de protection pour le mariage; on ne trouve pas de décision qui encourage les *justæ nuptiæ*; les lois Julia et Papia Poppæa édictées à une époque de dissolution et de décrépitude, semblent se préoccuper beaucoup plus de combattre la décroissance rapide dans laquelle la guerre civile avait entraîné la population que d'encourager au *justum matrimonium*. Inspirées par la politique, ces mesures impuissantes réservent leurs rigueurs contre les célibataires; elles accordent bien des privilèges aux pères à cause de leurs enfants, mais comme on l'a dit : « Elles voient avec indifférence une maison demeurée stérile (1). »

L'institution d'héritier ne pouvait donc avoir lieu que par testament, *hereditas datur testamento* (2); et les idées philosophiques si imparfaites que les jurisconsultes romains avaient du mariage ne pouvaient pas leur inspirer un moyen sage d'encouragement pour les *justæ nuptiæ*. Les mœurs aussi bien que les lois se refusaient à admettre, qu'un père de famille s'astreignît à ne pas révoquer ses libéralités testamentaires; la liberté de tester était une de celles dont les citoyens étaient le plus jaloux. Aussi l'on

(1) Arnould, *Revue historique*, t. VI, 1860.

(2) Loi 5, Code, de *Pactis conventis*.

s'efforce de proscrire les pactes sur les successions futures ; les conventions qui tendraient à restreindre la liberté testamentaire sont déclarées de nul effet ; les textes abondent pour le prouver (1). Les expressions les plus sévères se rencontrent sous la plume des jurisconsultes pour condamner ces sortes de contrat ; on déclare coupables et immoraux de semblables engagements ; Julien parle de *spes improba* ; Ulpien : *spes præmatura* ; et après eux Cujas devait ajouter : *Corvina conventio*... L'admirable logique du droit civil, son culte et son respect pour les déductions de principe même les plus éloignées ne sont pas les seuls motifs de semblables décisions. Pousser jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes le grand principe de la liberté de tester, n'est pas le seul mobile des jurisconsultes ; il est facile de découvrir en outre un puissant motif d'intérêt social qui a fait édicter ces sévérités contre les pactes sur les successions futures. N'était-il pas à craindre que beaucoup de ceux qui traiteraient et feraient des conventions sur la succession d'un homme vivant ne fussent amenés à désirer

« Toute loi, disait Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs du titre des » Donations et Testaments, toute loi dans laquelle on ne chercherait pas à encourager le mariage serait contraire à la politique et à l'humanité. Loin de les » encourager, ce serait y mettre obstacle, si on ne donnait pas le plus libre cours » aux donations sans lesquelles ces liens ne se formeraient pas. »

« Que les premières lois romaines aient été ou non empruntées d'Athènes, on » sait que plus tard la philosophie grecque pénétra dans ces lois, mais une philosophie assortie elle-même à l'âpreté de l'esprit romain, et qui donnait à ses » rigueurs instinctives l'appui de la méthode et du raisonnement. Les jurisconsultes » de Rome appartenaient presque tous à la secte stoïque. On en retrouve la trace » dans leur argumentation et leur langage, aux plus belles époques de la civilisation romaine. » M. Villemain, *Etude sur l'Esprit des lois*.

(1) Loi 61, de *Verborum obligatione* ; loi 29-2^o, de *Donat.* ; Const. 15, 19, C., de *Pactis* ; Const. 4, de *Inut. stipulat.*

sa mort?... *Votum mortis alicujus*, disent les textes, *quia contra bonos mores est hæc stipulatio*...

Oui, cette spéculation, cette attente anxieuse de la mort d'autrui est souverainement immorale!! Au dire des historiens et des moralistes (1), comme des jurisconsultes, il existait à Rome une classe trop nombreuse de gens avides et dangereux qui trouvaient facile de se procurer des richesses en spéculant sur les successions futures. Martial démasque les tristes manœuvres de ces capteurs d'héritages : *Mortem diligit ille tuam* (2). Horace et Juvénal ne leur ménagent pas les invectives (3). Ils désirent la mort de ceux qui les écoutent. « Trop souvent, nous » dit M. Laboulaye, un pareil souhait eût été pour le » donateur un arrêt de mort (4). » Suétone nous raconte en effet que Caligula envoya des mets empoisonnés à des testateurs qui l'avaient institué, et dont il trouvait la mort trop lente (5). C'était pour déraciner de semblables abus que le législateur prohibait ces conventions.

La Constitution 15, au Code, *de Pactis*, nous présente une opération juridique analogue à l'institution contractuelle; il s'agit d'une promesse d'égalité faite par un père dans le contrat de mariage de sa fille : « *Pactum quod* » *dotali instrumento comprehensum est ut, si pater vita* » *fungeretur, ex æqua portione ea quæ nubebat, cum* » *fratre heres patris sui esset.* » Valens et Gallien de prononcer la nullité de cette clause : « *Neque ullam con-* » *trahere obligationem, neque libertatem testamenti fa-* » *ciendi mulieris patri potuit auferre.* » Voilà qui est

(1) Pline le Jeune, I, ép. 20.

(2) Martial, XI, 44.

(3) Horace, lib. II, sat. 5 ; Juvénal, 4, v. 18, 19.

(4) P. 390, *Etude sur la Condition de la femme*.

(5) Suétone, *Caligula*, 38.

décisif; non, ce n'est pas dans la législation romaine que se trouve le berceau de cette institution.

Là devrait se clore notre étude du droit antique, si d'illustres interprètes n'avaient pas prétendu découvrir dans certains textes du Bas-Empire le germe rudimentaire de l'Institution contractuelle.

Il est vrai que dans la Novelle 19, Léon le Philosophe valide la convention déclarée nulle par Valens et Gallien; mais ce texte n'eut jamais force législative; il ne faisait pas partie des compilations de Justinien. Comme l'a dit Merlin : « Cette Novelle est en dehors du corps officiel du droit. » Cujas nous apprend qu'elle n'eut jamais force de loi dans notre ancienne jurisprudence. Cependant Basnage et Furgole veulent absolument trouver dans cette Novelle l'origine éloignée de notre institution; ils ne donnent, il est vrai, aucune preuve de leur assertion, et Eusèbe de Laurière remarque après Jacques Godefroy : que les Novelles de Léon n'ont été lues et même connues dans l'Occident, que par la traduction qu'Agylæus en a donnée longtemps après les réformés de nos coutumes qui ont autorisé l'institution contractuelle (1).

La prohibition des pactes successoires subsiste encore dans le Bas-Empire comme règle générale. Constantin, il est vrai, accorda à une mère de partager entre ses enfants sa succession; mais pour qu'un semblable partage eût force obligatoire, une condition fut imposée; l'empereur d'exiger formellement : « que la mère persévère jusqu'à la mort dans la même volonté. » Justinien, lui aussi, en l'an 531, dans la Constitution 30, Code, *de Pactis*, autorisa le pacte sur la succession d'une personne quelconque à la condition que celle-ci donnerait son consentement et

(1) Merlin, Répert., sect. 1, *Instit. contract.*

y persisterait jusqu'à sa mort ; mais dans cette même Constitution Justinien affirme que le vieux principe de prohibition des pactes successoires est toujours maintenu et sanctionné par les règles du droit : « Sed nobis omnes » hujus modi pactiones odiosæ esse videntur, et plenæ » tristissimi et periculosi eventus. »

Sans témérité, nous pouvons donc désormais affirmer que c'est l'élément germanique qui a donné naissance à notre institution ; là est sa filiation, son point de départ. C'est le droit barbare qui va nous donner la clef de sa formation, et, en étudiant les coutumes, nous suivrons son développement à travers les âges.

Mais là encore on nous arrête, et l'on persiste à vouloir démontrer la prétendue origine romaine de notre institution. De Laurière, dans l'excellent traité qu'il a consacré à l'institution contractuelle, et Merlin nous opposent la loi 19, Code, *de Pactis*. M. Troplong affirme se rallier « les » yeux fermés » à cette opinion qui mérite d'autant plus d'attention qu'elle a été soutenue avec beaucoup d'érudition par d'éminents auteurs. Analysons cette loi 19, Code, *de Pactis*.

« Deux soldats allant au combat ont promis que les » biens du prédécédé appartiendraient au survivant : » *ut ad eum qui superstes fuisset, res ejus, cui casus » finem vitæ attulerit, pertinerent*. Maximien et Dioclétien » déclarent la convention parfaitement valable. » « Dans » le temps que Obertus de Ortó et Gerardus Niger com- » posèrent le livre des Fiefs, nous dit textuellement l'il- » lustre auteur du *Répertoire*, on commençait à enseigner » publiquement le droit romain. Ces rédacteurs y remar- » quèrent que les soldats pouvaient s'instituer l'un l'autre » contractuellement, et, comme la possession d'un fief » emportait alors l'obligation du service militaire, ils

» crurent pouvoir considérer comme soldats tous les possesseurs de fiefs, et leur accorder en cette qualité le pouvoir de se faire des héritiers par contrat. »

Avec Cujas, nous affirmons ne voir qu'un simple testament militaire dans cette constitution 19 ; il n'y a là pas autre chose. De tout temps nous voyons à Rome favoriser les testaments des soldats ; on les dispense de la rigidité des formes du droit ; on leur simplifie cet acte de dernière volonté ; ils règlent leurs dispositions comme ils le veulent. La constitution 19 n'est que l'application pure et simple de ces idées. Il est une objection de principes qui résiste à toutes les affirmations contraires ; c'est l'argument rationnel que ne peuvent détruire Merlin et de Laurière ; le voici. Ce pacte réciproque de se succéder ne vaut que comme testament ; donc, il n'oblige pas les contractants d'une manière irrévocable ; donc, il ne constitue pas une convention proprement dite. Peut-on nier que l'irrévocabilité ne soit une condition *sine qua non*, une condition substantielle et nécessaire de l'institution contractuelle ? Evidemment, non ; or ici l'opération juridique de la constitution 19 est essentiellement révocable.

Faire remonter l'origine de l'institution contractuelle seulement à l'époque de la constitution du livre des Fiefs est impossible ; car, même avant le droit féodal du XII^e siècle, l'institution irrévocable d'un héritier était reçue dans les mœurs et permise par les lois. D'ailleurs, cette origine fût-elle vraie, il resterait à indiquer comment on étendit aux successions ordinaires un usage primitivement établi pour les seules successions féodales. Que l'on nous dise donc comment cet usage fut renfermé dans les conventions matrimoniales ! Déjà les Cujas, les Coquille, les Lebrun, les Ricard, les Loysel avaient condamné une interprétation aussi fausse et aussi erronée de la constitu-

tion 19; car franchement, c'est faire dire à un texte ce qu'il n'a jamais dit.

Non, la critique moderne ne peut admettre que l'institution contractuelle ait attendu pour se produire la naissance ou le développement de la féodalité, et l'application qui serait faite à celle-ci par les juristes du moyen-âge d'une disposition mal comprise du droit romain (1).

Nous avons, il est vrai, contre nous la grande autorité de Montesquieu (2); et de nos jours de savants publicistes, MM Laboulaye (3) et Laferrière (4), partageant l'opinion de l'auteur de l'*Esprit des lois*.

« Les contrats de mariage devinrent, pour les nobles, » une disposition féodale et une disposition civile. Dans » un acte pareil, fait sous les yeux du seigneur, on fit des » dispositions pour la succession future, dans la vue que » le fief pût être servi par les héritiers. Aussi *les seuls* » nobles eurent-ils d'abord la liberté de disposer des suc- » cessions futures par contrat de mariage, comme l'ont » remarqué Boyer et Aufrerius. »

M. Edouard Laboulaye désespérant de trouver cette origine à Rome, a cru la voir dans les contrats de mariage des nobles, admettant sans hésiter ces assertions de l'*Esprit des lois* que nous venons de citer. Ainsi, dans cette opinion, que nous allons développer plus longuement afin d'en montrer les erreurs, l'institution contractuelle a apparu seulement à l'époque où elle devint (la féodalité aidant) de pratique journalière dans les contrats de mariage des nobles.

« C'est, dit M. Armand Bonnet, n'avoir aperçu l'insti-

(1) *Revue historique*, 1860, t. VI, Arnouilh; A. Bonnet, liv. I.

(2) *Esprit des Lois*, ch. xxxiv, liv. XXXI.

(3) P. 391, *Recherches sur la Condition de la femme*

(4) P. 149, I, *Hist. du Droit français*.

» tution contractuelle qu'à son état de virilité, sans tenir
» compte de son premier âge, et des transformations par
» lesquelles il lui a fallu passer avant d'arriver au point
» où on l'a envisagée. »

Nous l'avons déjà dit : d'après Merlin comme d'après Bouhier, Hervé, Montesquieu et autres, l'institution contractuelle serait née au XII^e siècle, à l'époque de la renaissance des études du droit romain en Italie, de l'application que les feudistes auraient faite aux chevaliers ou aux nobles de la Lombardie, de la loi 19, Code, de *Pactis*. Donc, l'institution contractuelle ne serait qu'une imitation de la constitution de Dioclétien et de Maximien. Comment de l'Italie aurait-elle pu pénétrer dans notre droit coutumier français, et, dans la pratique de nos pères, au moyen-âge? On répond que ce serait grâce à Inénius et aux autres professeurs de l'école de Bologne, et seulement après avoir passé par le tit. XXIX du II^e *liber feudorum*. Mais ce tit. II^e, de Laurière lui-même est obligé de l'avouer (1), n'a absolument rien à démêler avec l'institution contractuelle; ce passage du livre des Fiefs n'a évidemment en vue que la *Morgingabe*, ou dot germanique. Il faudrait donc admettre en outre que les glossateurs interprétant faussement la const. 19, ont vu un pacte sur succession, là où en réalité il ne s'agit que d'un simple testament militaire; il faudrait admettre que les feudistes ont continué l'erreur des glossateurs, et appliqué aux possesseurs de fiefs cette constitution. Les rédacteurs des *libri feudorum*, touchés des points de ressemblance existant entre les soldats romains et les chevaliers ou nobles feudataires, auraient ainsi vulgarisé l'institution contractuelle en en rendant les applications fréquentes aux nobles. Ces assertions, comme

(1) Pages 20 à 30, *Notes sur Loysel*, liv. II, IV, IX; liv. V, XXV.

nous allons le démontrer, prêtent le flanc à plus d'une objection ; plusieurs ne peuvent résister à un examen approfondi.

Pour un instant supposons-les vraies, certaines ; on n'en est pas beaucoup plus avancé. Il en pourrait résulter tout au plus que les applications de l'institution contractuelle devinrent plus fréquentes au moyen-âge qu'elles ne l'avaient été précédemment.

Une observation bien simple démasque la faiblesse de cette théorie. Le pacte héréditaire permis aux soldats par la loi 19 de *Pactis* devait être mutuel ; or aucun de nos vieux auteurs n'impose cette condition à l'institution contractuelle, qui n'est presque jamais réciproque.

N'est-il pas bien étrange que l'on ait puisé dans la loi romaine un moyen de la violer ? Comment peut-on nous expliquer que l'exception l'ait ainsi emporté sur la règle, et cela au XII^e siècle ? A cette époque la vieille école de Ravenne avait terminé ses travaux ; les grands docteurs de Bologne, d'une sagacité si étonnante dans l'étude du droit romain, avaient remis en honneur cette législation que l'ignorance avait fait oublier. Et ces savants commentateurs qui ont si bien compris les textes du Digeste, seraient tombés dans une aussi grave erreur d'interprétation ? Cela paraît bien peu admissible.

Grenier, dans son *Discours historique* (1), oppose à cette prétendue origine une raison bien sérieuse pour nous la faire rejeter : « Si cette origine était vraie, nous dit l'émiment auteur, les institutions contractuelles auraient été admises de tout temps, *au moins entre nobles*, dans tous les pays de droit écrit où l'on suivait le droit romain ; cependant tous les auteurs conviennent que ce mode de

(1) Grenier, page 131, *Discours historique*.

» disposition *a toujours* été regardé comme contraire aux
» dispositions du droit romain, et qu'il a d'abord été établi
» dans les pays de coutume, d'où il ne s'est introduit que
» dans la suite dans les pays de droit écrit. »

SECTION II

DROIT COUTUMIER

§ 1^{er}. — Des lois barbares à la féodalité.

La Rome des Césars qui si longtemps avait imposé au genre humain le plus grand despotisme que l'on ait vu, se débattait vainement contre la dissolution qui l'envahissait et s'abîmait dans une affreuse décrépitude.

Au ^v^e et au ^{vi}^e siècles, les barbares sauront abandonner leurs forêts, se ruer sur ce grand corps et lui porter le coup fatal. Les Germains vont conquérir la Gaule, mais aussi s'inoculer le droit romain qui la régit. Les Germains des premiers temps pratiquaient avec un absolu respect cette antique maxime : *Dien seul fait des héritiers*. Au dire de Tacite (1), ils ne connaissaient pas le testament; seuls, les descendants recueillaient l'héritage : « *Heredes tamen successorisque sui cuique liberi; et nullum testamentum.* »

La propriété territoriale, presque inconnue dans les

(1) *Germania*, p. 20.

forêts de la Germanie, devient une suite nécessaire de l'invasion ; elle s'impose forcément aux mœurs des nouveaux conquérants. Ils se mêlent insensiblement aux Gallo-Romains ; et la législation de Rome qui s'infiltre dans les coutumes barbares, révélera peu à peu aux Germains les testaments et les dispositions de biens à titre universel. L'Eglise use de son influence pour répandre parmi ces nouveaux venus l'idée de tester.

Mais ces idées romaines ne purent s'implanter qu'avec le temps ; aussi la loi Salique, dont la première rédaction latine remonte à Clovis (486 à 496), ne parle-t-elle pas du testament.

» Selon nous, dit M. Arnouilh, il faut attribuer l'absence du testament, chez les premiers Francs de la loi Salique, au peu d'importance qu'avaient laissé à la propriété les habitudes de guerre et de pillage de ces tribus encore barbares. Avec la constitution d'un tel état social, la succession légitime devait suffire, à elle seule, aux intérêts de la famille. »

Mais, contrairement aux idées romaines, la loi Salique nous parle de pactes solennels sur les successions futures ; et cet antique texte vise spécialement l'*institution d'héritier contractuelle*, donation entre vifs, irrévocable, accompagnée de tradition solennelle et de mise en possession immédiate ; aussi nous lisons dans les *Institutes coutumières* de Loysel : « Institution par paction, ou reconnaissance d'héritier simple ou mutuelle, et donation particulière par contrat de mariage vaut par la loi Salique des Français et ne se peut révoquer. »

La loi Salique, dans son titre XLIX, de *Affutomiæ* (c'est-à-dire des dispositions en faveur d'étrangers), offre le moyen de disposer d'une hérédité par forme de contrat. Ici, comme dans les premiers temps de Rome, le symbo-

lisme est essentiel dans toutes les opérations juridiques ; et la curieuse pantomime que nous allons exposer en la résumant va enfin nous faire toucher du doigt le *premier germe incontestable* de l'institution contractuelle. :

Le Franc qui veut transmettre tout ou partie de ses biens, se rend devant le roi ou dans le mall légitime. Il nomme son héritier, *et heredem appellat*, celui qu'il veut gratifier, et lui jette un rameau dans le sein (*festuca*). Le

Il nous semble utile de transcrire les passages les plus importants du tit. XLIX de la loi salique (*de Affatomiæ*).

Nous reproduisons le texte publié par Hérold tel que nous l'a transmis M. Pardessus ; le *manuscrit de l'anglais Hessels* nous a permis de vérifier l'exactitude de ces fragments.

La traduction française est de M. le conseiller A. Bonnet. (T. I, page 289)

Postea in ipso mallo requirant hominem qui ei non pertineat, et sic festucam in laisum jactet, et ipse in cuius laisum festucam jactavit dicat verbum de fortuna sua, quantum ei voluerit dare, aut si totam, aut si mediam fortunam suam cui voluerit dare.

Ensuite ils appelleront dans le mall un homme qui soit étranger à celui qui se propose de disposer (*qui ei non pertinet*). Celui-ci jettera une *festuca* dans le sein de cet homme, et lui dira combien il veut lui donner, si c'est la totalité ou seulement la moitié de son avoir.

Et postea ipse cui creditum est, omnia cum testibus collectis, ista agere debet, et sic postea, ante regem, aut in mallo legitimo....

Celui qui est ainsi investi doit faire en sorte que tout se passe en présence de témoins qu'il aura dû réunir à cet effet....

Et ipsum quem hederem deputavit ante XII menses, in laiso suo jactet, nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est, *et si contra hoc aliquid dicere voluerit*, tres testes habere debet, qui jurati dicant quod ibi fuerint in mallo... et quomodo vidissent hominem illum quod fortunam suam donavit in laiso, illius quem jam elegerat festucam jactare.

Et avant l'expiration de l'année, le disposant devra jeter encore dans le sein de celui qu'il avait précédemment choisi pour héritier tout ce dont il l'avait gratifié, *et pour le cas où le donateur voudrait élever plus tard contestation à ce sujet*, le donataire aura trois témoins qui, après serment préalablement prêté, déclareront qu'ils étaient présents au mall, qu'ils ont vu le donateur jeter en signe de gratification la *festuca* dans la poitrine de son héritier.

donataire entre dans la maison du donateur et prend possession de ce qui lui a été donné. Plus tard il rend, par le jet du rameau, la chose au donateur. Avant l'expiration de l'année, il reçoit de nouveau en justice la branche dans son sein. Ainsi, l'institution devient irrévocable, et le Franc salien intervertissant, à son gré, l'ordre légal des successions, s'assure un héritier.

Nous n'avons là encore qu'une simple ébauche; ce n'est qu'un début, le sujet ne peut donc pas avoir tous les traits principaux que lui donnera la suite des âges. Les générations sauront diriger notre institution et la plier à leurs besoins.

Les deux caractères saillants de l'institution contractuelle viennent d'apparaître; d'abord, l'opération est irrévocable; puis, à trois reprises, le texte donne le nom d'héritier au gratifié.

Le gratifié est un héritier, donc ce n'est pas une donation; ce n'est pas non plus un testament, le droit des héritiers du sang est encore trop sacré. Le contact pro-

Et nominare debent qui festucam in laisum (electi) jactavit, necnon et illum in cujus laisum festucam jactavit, et illum *quem heredem appellavit*.

Les témoins diront le nom de celui qui a lancé la *festuca* dans le sein de l'héritier de son choix, et de celui dans le sein duquel cette *festuca* a été jetée avec la qualification d'héritier.

Alii testes jurati dicere debent, quoniam in mallo legitimo, illi qui accepit in laisum festucam fortunam suam donavit, et ille acceperit in mallo fortunam illam, qua heredem illum appellavit, publice coram omnibus hominibus festucam in laisum ipse jactasset.

D'autres témoins devront également déclarer que dans le mall, la gratification et la qualité d'héritier avaient été acceptées par celui-ci qui, à son tour, avait publiquement lancé la *festuca* à son bienfaiteur.

Le don est irrévocable; cela s'induit notamment de ces mots : « Si contra hoc » aliquid dicere voluerit, tres testes dicant quod. »

Le gratifié est à trois reprises différentes qualifié d'héritier : « Et ipsum quem » heredem deputavit, et illum quem heredem appellavit, etc. »

longé des Germains avec les Barbares du Nord et les Gallo-Romains a relâché les liens si étroits de la famille, et insinué ce premier manquement au respect dû à la succession *ab intestat*. On ne saurait voir là une sorte de testament par festucation, l'acte étant irrévocable ; et toujours la révocabilité a caractérisé le testament. C'est un contrat ; car il faut nécessairement deux personnes, une pour donner, l'autre pour recevoir.

Avec le temps cette institution juridique exigera l'écriture et sera admise dans le seul contrat de mariage.

Si le droit romain croyait devoir frapper de ses prohibitions les plus sévères les pactes successoires, le droit germanique, au contraire, leur prodigue ses faveurs. Les formules du moine Marculf, la loi des Francs saliens, des Ripuaires, des Visigoths et des Bourguignons l'attestent avec évidence ; c'est un trait éclatant de dissemblance entre les deux législations. Les mœurs les approuvent, le peuple les pratique, et le traité d'Andelot (587) en est un mémorable exemple (1). Dans ce traité rédigé par écrit, l'on régleme la succession de Gonthram, roi de Bourgogne, *l'une des parties contractantes*, et celle de Brunehaut qui figure également à l'acte.

La loi Ripuaire, rédigée pour la première fois sous Thierry, fils de Clovis, et révisée par les soins de Dagobert I^{er} (628-638), va nous fournir le troisième élément de l'institution contractuelle, *l'écriture*. Deux tribus, les Saliens et les Ripuaires, ayant même origine, leur loi offre aussi plus d'une analogie. Le titre XLVIII, *de Homine qui sine heredibus moritur*, de la loi Ripuaire présente une ressemblance à peu près parfaite avec le titre XLVIII de la loi Salique, *de Affatomiæ*. Voici la traduction de ce texte

(1) Liv. II, ch. xx, Grégoire de Tours.

de la loi Ripuaire : « Si quelqu'un, n'ayant ni fils ni fille, » veut donner toute sa fortune, en présence du roi, soit » le mari à sa femme, soit la femme à son mari, soit » enfin un parent à un autre, ou même à un étranger, il » peut, d'après les lois des Ripuaires, adopter en hérédité » (*adoptare in hereditatem*) ou transmettre ses biens, soit » par l'écriture, soit par la *tradition* et en employant des » témoins. » Le symbolisme de la loi Salique, nécessaire pour conférer le titre d'héritier, a disparu dans le texte ripuaire ; une civilisation plus avancée a effacé ce matérialisme.

Désormais la tradition n'est plus que facultative pour le donateur ; c'est, dans la formation de l'institution contractuelle, la réalisation d'un nouveau progrès. La mise en possession immédiate, exigée dans la loi Salique, était contraire à la nature de notre institution ; la loi Ripuaire n'impose plus cette curieuse formalité ; *par un acte écrit, per scripturarum seriem*, le donateur peut transférer son hérédité ; cette écriture remplacera la tradition. Les parties dès lors peuvent choisir entre l'opération compliquée exigée par la loi Salique, et le simple contrat écrit qui fait l'institution d'après la loi Ripuaire. Du vivant même de l'instituant, l'institué acquiert un droit assuré, irrévocable à l'hérédité. Il est mieux protégé que l'héritier du sang ; d'après la *lex Rothar*. 173, le donateur n'a plus le droit d'aliéner ses biens, si ce n'est pour cause de misère et en offrant à l'institué la préemption ; inutile d'ajouter qu'il ne peut faire au préjudice du premier institué d'autres institutions.

De Laurière (1) et Merlin se refusent à partager cette interprétation ; ils traduisent par le mot adoption, les

(1) *Institut. cont.*, t. I, n° 13.

expressions *adoptare in hereditatem* ; et la *series scripturarum* n'est, d'après eux, qu'un simple testament. Voici le texte même du tit. XLVIII, de la loi Ripuaire, dont plus haut nous avons donné la traduction : « Si quis procreationem » filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem » suam in præsentia regis sive vir mulieri, vel mulier » viro sui cuicumque de proximis vel extaneis, adoptare » in hereditatem, vel adfatimi per scripturarum seriem, » seu per traditionem et testibus adhibitis, secundum » legem ripuariam licentiam habeat. »

Adoptare in hereditatem. S'agit-il ici d'une adoption? Evidemment non ; le texte lui-même nous dit que cet acte peut avoir lieu entre époux ; or, dans quelle législation, à quelle époque a-t-on jamais vu un mari adopter sa femme, ou une femme adopter son mari ? La simple lecture du texte permet de ruiner une aussi faible conjecture. *Adoptare in hereditatem* a le même sens que *heredem deputare* du titre XLIX de la *lex Salica* (*de Affatomiæ*), c'est-à-dire, choisir pour héritier. Encore une fois nous n'avons là qu'une disposition d'hérédité irrévocable par contrat. Une formule de Marculf (11, 13) nous apprend, il est vrai, que l'institution contractuelle était fort souvent le complément des adoptions.

La critique historique moderne se refuse également à voir un testament dans la *series scripturarum*. D'après Grégoire de Tours, titre VI, chap. XLVI, à l'époque où nous sommes arrivés (au VII^e siècle), les Francs connaissent et pratiquent le testament ; comment dès lors admettre que le législateur n'a pas purement et simplement employé le mot technique, *testamentum* ? Pourquoi cette périphrase, *series scripturarum* ?

Non, la *scripturarum series* n'est pas un testament ; car l'opération dont il s'agit est irrévocable ; soit que le

disposant use de l'antique tradition, soit qu'il use de l'écriture, la loi Ripuaire fait produire les mêmes effets à l'institution, et attache à ces deux modes les mêmes caractères, par conséquent, l'irrévocabilité.

Eccard a traduit par *charta* la *series scripturarum* ; Marculf, dans la formule suivante, nous en a donné une idée fort précise. « Necesse est inter se eorum facta scripturarum serie alligari ne ab aliquibus in posterum valeat refragari... propterea presentes epistolas duas uno tenore conscriptas loco pactionis inter se visi sunt conscripsisse ut nullus deinceps. » C'est l'*instrumentum* du droit romain, l'acte qui sert à former la preuve du lien qui s'est établi, et n'ayant d'autre but que d'assurer ce caractère d'irrévocabilité, qui sert à différencier l'institution contractuelle du testament, dont la révocabilité est une condition fondamentale et essentielle.

Des lois d'origines les plus différentes, des coutumes qui souvent se heurtent et se contredisent, réglementent cette société sans cohésion ; les débris de la civilisation romaine luttent en vain contre la barbarie toujours envahissante ; les institutions législatives s'entrechoquent, lorsqu'au milieu de ce chaos de tribus et d'idées arrive Charlemagne. Par ses capitulaires relatifs à la législation civile, ce prince ajoute un nouveau Code aux lois existantes qui sont déjà trop nombreuses. Les monuments législatifs de l'empereur et ceux de ses successeurs livrent plus d'un combat aux lois saliques et ripuaires ; les Carlovingiens usent de leur autorité pour substituer aux usages nationaux, qu'ils s'efforcent de détruire, le droit romain ; ils opposent à la barbarie l'action civilisatrice du christianisme.

Un capitulaire de l'an 803 (cap. iv, p. 7) porte : « Qui » filios non habuerit et alium quemlibet heredem facere

» sibi voluerit, coram rege, vel comite, vel scabinis, vel
» missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in pro-
» vincia fuerint ordinati, traditionem faciat. » L'institution
d'héritier peut, suivant ce capitulaire, s'opérer devant
l'empereur, ou devant ses délégués, ses comtes, ses
échevins, ses *missi dominici*. Les assemblées nationales,
les malls légitimes de la loi salique n'existent plus. « Char-
» lemagne, dit M. Guizot, a entrepris de ressusciter
» l'administration romaine, cette omniprésence du pouvoir
» impérial sur tous les points, qui avait fait la force de ce
» grand despotisme. »

Le capitulaire de l'an 803, en indiquant la tradition
comme mode de se donner un héritier, a-t-il voulu exclure
l'écriture, la *series scripturarum* de la loi Ripuaire?

Non, dit-on; ce texte a eu simplement pour but d'in-
diquer les magistrats devant lesquels cette translation
d'hérédité pourrait s'effectuer, à cause des changements
apportés dans l'organisation politique. M. Eschbach, au
contraire, dans une excellente dissertation que nous avons
citée plus haut, prétend « que Karl le Grand, en exigeant
» la tradition d'une manière exclusive, ramena l'institu-
» tion contractuelle aux conditions matérielles de la loi
» Salique. »

» En allant fixer sa résidence à Aix-la-Chapelle, ajoute
» M. Mittermaier, l'empereur avait dû subir les influences
» locales ou de voisinage, et faire un retour au vieux
» principe germanique de l'investiture déjà abrogé à cet
» égard chez les Ripuaires. » Nous ne saurions prendre
parti dans cette querelle; les raisons alléguées de part et
d'autre ne présentant rien de bien plausible. M. Eschbach
reconnait lui-même que le capitulaire ne peut prévaloir
contre la coutume, et que l'on usa toujours de l'écriture,
de la *series scripturarum*, pour l'institution d'héritier. Le

capitulaire de l'an 803 témoigne d'une manière irrécusable de la conservation de l'institution contractuelle adaptée depuis longtemps aux mœurs germaniques et franques.

§ 2. — L'époque féodale.

Le droit germanique, les capitulaires de la seconde race lèguent à la féodalité les pactes sur les successions non ouvertes ; la féodalité saura les développer dans le sens de ses besoins. Ce curieux état social et territorial va donner une nouvelle direction à l'institution contractuelle jusqu'alors incomplète ; des traits nouveaux vont se dessiner avec le temps, et s'ajouter à l'ébauche que nous connaissons.

Le pouvoir central s'énervé et disparaît ; la société se divise, se fractionne en petits Etats indépendants ; il faut un siècle ou deux pour opérer ces évolutions ; les hommes sont distribués en castes, les seigneurs et les roturiers ; alors s'opère un absolu morcellement de la souveraineté. Vers la fin du ix^e siècle, le pouvoir royal est singulièrement réduit, et lorsque Charles le Chauve, en 877, édicte le capitulaire de Quercy, l'élément féodal a définitivement triomphé. Ce texte législatif admet l'hérédité des bénéfices et l'hérédité des offices ; c'est-à-dire des terres concédées par le roi au vassal. Propriétaire du sol, le seigneur exerce sur les habitants presque tous les droits de puissance.

L'obligation la plus importante imposée au vassal envers son suzerain, est assurément celle du service militaire ; et le fief est un bénéfice militaire, qui n'est que la continuation du bénéfice de l'époque barbare ; c'est le domaine concédé par un seigneur à son vassal avec les formalités

de la foi et de l'hommage. Le seigneur et les vassaux se protégeront réciproquement par les armes. *Domino guer-ram faciente, vasalus eum adjuvare tenetur.* (*Feud.*, liv. II, tit. xxviii.) Le vassal est avant tout un soldat.

Examinons les services que l'on réclamera de l'institution contractuelle.

« L'une des principales conditions d'existence de la » féodalité, c'était, dit M. Arnouilh, d'assurer le service » des biens donnés en fief, de les soustraire à toute » vacance de possession. La perpétuité de l'association » féodale était à ce prix. » Pour conserver ses prérogatives, le seigneur a intérêt à ce que le fief ne lui revienne pas. De là, dans les relations féodales, plusieurs usages ayant pour but d'assurer la conservation et la desserte continue des fiefs. Les ascendants ne succèdent pas aux fiefs; car, comme dit Montesquieu (1) : « Il fallait que le fief fût servi; » mais un aïeul, un grand-oncle auraient été de mauvais » vassaux à donner au seigneur. Le fief devait être pos- » sédé par une personne capable de porter les armes. Le » droit d'aînesse s'établit dans la succession des fiefs. »

Le seigneur a le droit d'offrir un mari à l'héritière du fief (*maritagium*); car ce mari doit être vassal.

Ce contrôle du seigneur sur le mariage de ses vassaux lui permet d'assurer le service régulier du fief.

Le suzerain pouvant intervenir dans ces alliances où sont engagés ses intérêts, y fait régler la succession au fief. Le contrat qui est dressé assure un héritier au vassal actuel, c'est-à-dire un nouveau vassal au suzerain. Le contrat de mariage contient une institution contractuelle d'héritier, et le fief sera servi par l'héritier contractuel.

« Il advint tout naturellement, dit M. Eschbach, qu'à

(1) *Esprit des Loïs*, liv. XXXI, chap. xxxiv.

» propos de ces mariages et dans les contrats mêmes que
» l'on en dressait sous les yeux du seigneur, on fit des
» dispositions pour régler la succession du fief et en assu-
» rer la desserte. De là, comme l'a remarqué Montes-
» quieu (*Esprit des lois* (1), liv. XXXI, ch. xxxiv), l'usage
» fréquent de l'institution contractuelle *par contrat de*
» *mariage*, et c'est ce qui a fait dire à certains juriskon-
» sultes, tels que Auzerius et Boërius, que l'institution
» contractuelle n'a d'abord eu lieu qu'entre nobles. Cela
» me paraît exact, mais en le restreignant à l'institution
» d'héritier par contrat de mariage. »

Ainsi, c'est grâce à l'intérêt féodal que l'institution contractuelle fut admise dans le contrat de mariage. Voilà un grand point mis en lumière. Tous les éléments constitutifs de l'institution contractuelle sont découverts ; c'est la féodalité qui a perfectionné l'institution de la loi ripuaire ; c'est elle qui lui a assigné ce trait distinctif inconnu des âges précédents. Il ne manque plus rien à cette institution désormais achevée.

Mais le contrat de mariage n'est pas encore son seul domaine ; permise dans tous les actes de la vie civile, elle ne se verra enfermée et restreinte au seul cas d'une union légitime que dans nos coutumes des xve et xvie siècles ; alors seulement cédant devant les efforts du droit romain qui brille d'un nouvel éclat, et qui ne peut pardonner aux pactes sur succession future, elle se verra réduite désormais au seul contrat de mariage.

Si la féodalité s'est établie sur les ruines de l'autorité royale, ce pouvoir finira par se relever et lui livrer plus d'un combat ; les seigneurs seront vaincus dans plus d'une

(1) Nous avons déjà cité textuellement ce passage dans notre étude du droit romain.

guerre; avec la ruse et la force les rois ressaisiront la puissance et s'efforceront de réaliser l'unité nationale. Pendant petit à petit ses prérogatives et son ascendant, la noblesse féodale se transformera en aristocratie de naissance, obéira au roi et ne constituera plus qu'un simple ordre privilégié. Après tous ces bouleversements dans notre état social, comme pendant la féodalité, l'institution contractuelle aura ses préférences les plus marquées pour le contrat de mariage; elle s'y maintiendra de plus en plus et saura s'y fixer fortement. Il ne s'agit pas désormais d'assurer la desserte des fiefs et leur transmission anticipée; désireuse avant tout de la splendeur du nom, la nouvelle noblesse saura l'employer à la conservation des liens dans les familles. Par amour de caste, l'aristocratie inventera la renonciation des filles à la succession de leurs parents, comme les reconnaissances et déclarations d'ainé et principal héritier.

Dans son *Histoire de la maison d'Auvergne*, Baluze nous rapporte un contrat de mariage, passé dans la province d'Auvergne en l'an 1425. Nous y lisons une renonciation de la fiancée à la succession de son père; voici comment est motivée cette renonciation : « Eu égard aux privilèges » des barons et nobles des grands hosteaux d'Auvergne, » particulièrement de l'hôtel du Dauphin, lesquels pour » la conservation de leurs nom et armes, grandeur de » leur hôtel et état, et les frais qu'ils font pour servir » bien armés à la tuition du royaume et de la chose » publique, ont coutume d'instituer leur fils aîné leur » héritier universel. »

Nous devons porter notre attention sur ce fait déjà observé : c'est que primitivement et même après leur entrée dans le contrat de mariage, les pactes de succéder ne disparurent pas tout d'abord des autres actes de la vie

civile. Au XIII^e siècle encore, ils existent à l'état d'institution générale et sans restriction jusqu'à la rédaction des coutumes.

Cela résulte avec évidence de nos vieux coutumiers.

Mazuer nous dit (1) : « Ce que nous venons d'affirmer » touchant les institutions testamentaires, n'a lieu en la » *conventionnelle*, si elle est faite en contrat de mariage ou » de *société*, car elle est bonne en tout et partout en faveur » *desdits contrats*. » On peut encore voir à ce sujet le *Conseil* que Pierre de Fontaines donna à son ami, vers l'an 1253 (2).

Il est un point spécial des idées juridiques féodales que nous devons élucider avec soin. Montesquieu nous dit : « Les seuls nobles eurent d'abord la liberté de disposer » des successions futures par contrat de mariage. » Et d'anciens auteurs, Lebret, Hervé, Boërius, Aufrerius, Benedictus, le président Bouhier affirment que les institutions contractuelles par contrat de mariage, n'eurent lieu originellement qu'entre nobles (*inter nobiles*). En fait, cette opinion est d'une parfaite exactitude pendant la féodalité ; oui, pendant la féodalité, le peuple n'usa pas de notre institution dans ses contrats de mariage. M. Troplong va nous donner une explication fort plausible de cet état de chose : « Les nobles, dit le grand magistrat, fidèles à des souvenirs d'origine germanique, conservaient pour les pactes » de succession une prédilection que n'avaient pas les autres » classes de la société, mieux disposées en faveur du droit » romain. » Qu'il nous soit permis d'ajouter qu'en droit, cela était possible ; aucun principe juridique ne défendit jamais l'institution contractuelle dans les contrats de ma-

(1) *Pratica forensis*, tit. xxxii, n° 13.

(2) Chap. xv, n° 7.

riages des roturiers pendant l'époque féodale ; mais le peuple n'eut jamais l'idée d'en user, cela ne répondait à aucune nécessité dans les classes pauvres qui à ce moment là étaient souvent dans le plus complet dénûment. Plus tard, il est vrai, quelques coutumes s'inspirant de l'état de fait antérieur sauront *établir comme principe de droit* ce qui n'avait lieu qu'en fait. L'art. 245 de la coutume d'Anjou, et les articles 262, 269 de la coutume du Maine n'admettent les institutions contractuelles que de la part d'hommes ou de femmes nobles dans le contrat de mariage de leur descendant.

Pendant la période féodale, l'institution contractuelle si nécessaire pour la desserte des fiefs, avait servi à leur transmission anticipée ; grande était son utilité pour la puissance de la noblesse. Au x^e siècle, elle favorise les alliances des nobles et ajoute à l'éclat des grandes races ; par elle, on conserve dans les familles les biens et la splendeur du nom.

Nous l'avons déjà annoncé, pourquoi dans nos coutumes des x^e et xvi^e siècles, les pactes sur successions futures se trouvent-ils cantonnés dans le seul contrat de mariage ? Le droit romain n'a pas été étouffé par les innombrables coutumes de la trop confuse législation du moyen-âge. Fidèle à ses vieux principes que le droit coutumier n'a pu complètement déraciner, cette législation savante ne saurait pardonner aux pactes sur les successions futures ; elle a toujours pour eux son antique antipathie, et bientôt lorsque son influence civilisatrice aidera à extirper les usages féodaux et les débris du droit barbare, elle s'efforcera de proscrire les pactes successoires. Déposé dans le Code Théodosien et le Bréviaire d'Alaric, cultivé même en Normandie, au milieu du xi^e siècle, si l'on en croit ceux qui prétendent qu'il fut enseigné par Lanfranc, à l'abbaye

du Bec, le droit romain avait manifesté sa vitalité par certains écrits de jurisprudence, notamment par les *Petri exceptiones*. A l'époque de ce qu'on est convenu d'appeler sa renaissance, les jurisconsultes et leurs disciples se passionnent pour son étude. Les légistes amis du roi et du pouvoir absolu usent des principes romains pour faire brèche à l'ordre politique et judiciaire de la féodalité. Les praticiens du XIII^e siècle ne le négligent point; ils s'efforcent de faire le parallèle entre les coutumes nationales et le droit romain qu'ils étudient simultanément (1). Dans la lutte que se livrent les deux législations, les romanistes vont s'efforcer d'anéantir les pactes sur successions futures. Mais ces conventions consacrées par les mœurs depuis plusieurs siècles, appuyées sur des principes du droit féodal encore debout, résistent d'abord aux attaques des traités et des écrits.

Cependant ces conventions devront bientôt céder; lorsque l'on travaillera à la rédaction des coutumes, les sectateurs du droit romain jouissant alors de l'autorité législative ou d'une influence analogue, s'efforceront de faire triompher leurs idées.

» Les commissaires chargés d'assister à cette rédaction,
» dit M. Arnouilh, outrepassèrent leur mandat : ils de-
» vaient uniquement, suivant les expressions de Ferrière,
» y contribuer de leur présence, afin qu'il ne se passât
» rien de contraire aux intérêts du roi et de l'Etat; et ils
» imprimèrent leur génie, leurs dispositions personnelles
» à la rédaction. Or, ils étaient pour la plupart de fervents
» romanistes. Ils n'eurent pas de peine à triompher de
» l'institution d'héritier par contrat. » Défenseurs zélés
des pactes successoires, les feudistes sont battus sur

(1) Voir le *Conseil* de Pierre de Fontaines.

tous les points, excepté sur le contrat de mariage. Leur résistance, victorieuse dans ce seul cas, a opposé comme argument, la faveur des alliances nobles. Voilà donc l'institution contractuelle désormais restreinte au seul contrat de mariage; elle n'est plus permise que dans les conventions matrimoniales. C'est donc à l'influence romaine qu'il faut rapporter la relégation de l'institution contractuelle dans le contrat de mariage. Cette opinion est aujourd'hui admise par tous.

Réduite aux seules dispositions des unions légitimes, l'institution contractuelle saura se développer dans ce domaine avec une nouvelle vitalité. A son tour, le droit romain se verra débordé; on s'efforcera de réagir contre ses principes un moment triomphants; les pays de droit écrit eux-mêmes, malgré leurs profondes attaches à la jurisprudence romaine, accepteront l'institution d'héritier par contrat de mariage (1). Nous lisons dans une coutume locale rédigée en 1510 : « La ville de la Chaise-Dieu, combien » qu'elle se régisse par droit écrit, toutefois ont accoutumé que les convenances de succéder et autres apposées » ès contrats de mariage et associations, sont valables. »

Ce fait prouve incontestablement ce que nous venons d'avancer. Dès lors l'institution contractuelle ne tarde pas à devenir de droit commun dans toute la France (2); c'est une coutume générale admise dans le Midi aussi bien que dans le Nord.

Les ordonnances royales confirmant la généralité de son établissement, veulent bien la consacrer définitivement (3).

Ces paroles si exactes de M. Benech, vont admirable-

(1) Brodeau sur Louet, n° 27, lettre S.

(2) Coquille, p. 104, *Institut. au dr. franç.*

(3) Charles IX, Ordon. d'Orléans, art. 57; Ordon. de Moulins, art. 56. — Louis XV, Ordon. sur les donations, art. 13; Ordon. sur les substitut., tit. 1, art. 12.

ment résumer et synthétiser les différentes phases de l'institution contractuelle, et nous donner une vue d'ensemble sur ce que nous venons de parcourir : « Il résulte » des faits historiques que le germe de l'institution contractuelle réside dans les lois germaniques; que ce » germe fut puissamment développé par la féodalité; » enfin, que son action fut, au contraire, contenue par le » droit romain, et sa sphère d'action limitée dans le contrat de mariage (1) »

§ 3. — L'ancien droit français.

D'abord personnelles, au moment de leur entrée par l'invasion dans notre pays, les lois barbares se transformèrent en lois territoriales à cause de la toute-puissance de la féodalité. Maître de la juridiction dans toute l'étendue de sa terre, le seigneur ne demandait pas à chacun de ses subordonnés s'il était Ripuaire, Salien, Burgonde ou Visigoth; il aurait même été impossible d'appliquer à chacun la loi de son origine. Le seigneur pour rendre la justice interrogeait la loi du plus grand nombre; cette loi devenait la loi de la terre (*lex terrena*); ainsi les lois personnelles se métamorphosent en coutumes territoriales. « Chaque seigneurie, nous dit Beaumanoir dans sa Coutume de Beauvoisis, a son droit civil, et dans tout le » royaume, il n'y a peut-être pas deux seigneuries qui » soient gouvernées de tout point par la même loi. »

De là, une immense confusion, l'erreur souvent inévitable; le juge qui est législateur a comme texte l'arbi-

(1) *De l'Elément gallique et de l'Elément germanique dans le Code civ.*

traire ; on est le plus souvent désarmé à l'encontre de la fraude. La nécessité de rédiger les coutumes par écrit apparaît bien vite. Désireux de régulariser la justice, Charles VII, le premier, ordonne la rédaction des coutumes du royaume. (Ordonn. de Montilh-les-Tours, 1453.) Elles furent écrites à la fin du x^ve et au cours du xvi^e siècle, par les soins principalement de Charles VIII, Louis XII et François I^{er}. Nous sommes encore bien éloignés de l'unité si désirable dans la législation ; il nous faut cependant reconnaître, avec Dumoulin (1), que certains principes généraux, malheureusement trop peu nombreux, se rencontraient dans la plupart des coutumes. Les pays de droit écrit comme les pays de droit coutumier avaient accepté l'institution contractuelle ; même dans le silence des textes, la pratique l'admettait ; sans doute sur plus d'un point les divergences étaient profondes et nombreuses ; cependant l'on peut dire qu'en cette matière, le droit commun se forma principalement des réglementations écrites et développées de la coutume d'Auvergne, de celle du Bourbonnais. Mais quel rôle sut-elle jouer dans l'ancien droit ? Elle semble avoir été l'apanage des conventions matrimoniales des nobles. Par elle on s'efforce de maintenir la puissance, la splendeur des grandes familles. Voilà surtout le secret de son développement dans toute la France : « Et dicitur hanc consuetudinem habere aliquod motivum æquitatis, scilicet propter » favorem et honorem matrimonii, quia sub tali conditione nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas » crescit. » (Boërius, Benedictus, etc.) Cela permet à l'aristocratie de se rendre plus forte. Là apparaît son rôle politique. Comme le droit d'aînesse, les substitutions, les

(1) *De Concordia et unione consuetudinum Franciæ.*

fidéicommiss, la faculté qu'avaient les pères et mères en mariant leurs filles de stipuler la renonciation à leurs successions pour faire passer leurs biens entre les mains des mâles, l'institution contractuelle permet l'accumulation de la fortune sur la tête des représentants des grandes maisons. De cette accumulation dérive la puissance; et la puissance de la noblesse était dans les idées du temps absolument nécessaire à la conservation et au sage gouvernement de l'Etat; c'était là un gage assuré de sa force. Voilà ce qui a inspiré les décisions des jurisconsultes. Nous n'avons pas à discuter ici cette façon de concevoir l'intérêt social; cela ne rentre pas dans l'objet de notre étude. Nous nous efforçons simplement de constater des faits. On admettait que la prospérité de l'Etat était attachée à l'immensité des propriétés territoriales de la noblesse.

Mais si l'on a cherché à favoriser les grandes races, n'a-t-on pas voulu aussi encourager le mariage, développer le goût des unions légitimes?

En analysant les éléments constitutifs de l'institution contractuelle, en mettant à nu et en isolant ses caractères, nous montrerons plus tard qu'elle est par elle-même un moyen très puissant d'encouragement au mariage. Constatons également qu'elle fut permise aux roturiers. (Questions et Réponses sur les articles des coutumes, 143, Coquille.) Est-ce que cette idée d'encourager le mariage fut aussi prise en considération par les jurisconsultes lorsqu'ils s'efforcèrent de faire triompher notre institution dans toute la France? Non, disent d'éminents auteurs. Nous ne saurions, avec M. Armand Bonnet, nous rallier à cette opinion. Nous reconnaissons parfaitement qu'en fait le mariage des roturiers ne gagnait presque rien à l'institution contractuelle, et que dans le Nord ces

mariagés étaient rarement accompagnés d'institution d'héritier. Mais tous nos vieux auteurs disent que chez nous, et de toute antiquité, le mariage fut entouré de la même faveur que l'était le testament à Rome (1). Sans doute, on voulut avant tout maintenir par ce moyen la splendeur des grandes races, et l'idée de favoriser le mariage ne vint qu'en seconde ligne. Cependant, il nous semble erroné de méconnaître que cette dernière idée, elle aussi, influença les juristes. Si, comme on le prétend, la grande faveur qui, dès l'époque de la rédaction des coutumes, s'attachait au mariage n'a pas été une des causes déterminantes du maintien de l'institution contractuelle, comment nous expliquera-t-on cette préférence pour le contrat nuptial en particulier ? Pourquoi cette limitation des effets de l'institution aux conjoints et à ceux qui pourront naître du mariage ? Comment surtout expliquer ce rigorisme qui, au temps des coutumes, comme aujourd'hui, allait jusqu'à exclure le pacte successoire des conventions faites en vue du mariage, mais en dehors de l'acte même qui en fixe les dispositions civiles conventionnelles ?

Ferrières (*Commentaire sur la coutume de Paris*) : « Les Français » ayant reconnu que la conservation du royaume dépendait principalement de la » grandeur et de la puissance de la noblesse, pour être toujours prête à prendre » les armes pour la défense de l'Etat, ont restreint la faculté de tester, à l'effet de » conserver les biens dans les familles. »

Afin de ne pas nous exposer à des redites, nous nous contentons pour le moment de ces quelques idées générales sur notre ancien droit coutumier. Il nous semble être d'une bonne méthode d'approfondir notre ancienne législation sur les différents points de l'institution contractuelle, lorsque nous étudierons les dispositions du Code civil.

(1) Cujas, sur le *Livre IV des fiefs*, tit. xxxi ; Boucheul, p. 4, n° 8, des *Conventions de succéder* ; Perezus, au *Cod. de Pact. conv.*, n° 10.

§ 4. — Période du droit intermédiaire.

Attaqué par la philosophie du xviii^e siècle, l'antique état de chose sera détruit et transformé par la Révolution. Pour fondre dans un nouveau moule l'ordre social, il faut s'en prendre aux lois qui l'ont d'abord établi et perpétué. La puissante assemblée qui représente le pays, s'efforce de ruiner les titres de noblesse, de déraciner les privilèges. L'institution contractuelle, souvenir des usages féodaux et plus tard appui de la noblesse, se verra bientôt condamnée.

Les lois des 4-11 août 1789 proclament l'abolition de la féodalité ; le décret du 9 juin 1790 anéantit la noblesse, et comme le système successoral maintenait dans la classe aristocratique la puissance et la vitalité, la logique ne permettait pas de le laisser debout. Le décret des 14-15 novembre 1792 prohibe les substitutions, et la loi du 7 mars 1793 porte à notre institution un premier coup. Par cette loi est abolie la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe. Mais bientôt elle succombera ; un nouveau Code successoral, des principes nouveaux et systématiques sur la transmission des biens *ab intestat* vont consacrer avec le passé une rupture définitive. La loi du 17 nivose an II accomplira ces innovations ; nous y lisons la disposition suivante : « Les institutions contractuelles et » toutes dispositions à cause de mort, dont l'auteur est » encore vivant ou n'est décédé que le 14 juillet 1789, ou » depuis, sont nulles, quand même elles auraient été » faites antérieurement. »

Et, plus bas, sont prohibées toutes les libéralités à titre universel.

C'est, sous le prétexte de réforme, l'arbitraire et l'odieux. On enlève et l'on supprime des droits acquis. On va jusqu'à inventer une rétroactivité illégale ; on admet au nom d'une prétendue justice le mépris et la spoliation des droits ouverts et réalisés. La Constituante avait voulu porter remède à des abus ; la Convention veut détruire les institutions les plus sensées et accumuler des ruines.

Au lieu de proscrire une institution utile, n'aurait-il pas mieux valu savoir lui imprimer une autre direction ?

Cependant, le 18 pluviôse an V, le Conseil des cinq cents, considérant que les changements survenus dans les lois relatives aux successions ont fait naître pour les tribunaux plusieurs difficultés qui les empêchent de prononcer sur les réclamations qui leur sont adressées à cet égard, maintient les institutions contractuelles et les autres dispositions irrévocables de leur nature, légitimement stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, et en ligne collatérale ou entre individus non parents, antérieurement à la publication de la loi du 5 brumaire an II.

Ajoutons que la loi du 4 germinal an VIII maintint la prohibition renfermée dans l'art. 1^{er} de la loi du 17 nivôse an II.



CODE CIVIL



NOTIONS GÉNÉRALES



§ 1^{er}. — Son utilité incontestable.

Inspiré par la passion plutôt que par la sagesse, le législateur de l'époque intermédiaire avait obéi à un esprit de réaction immodérée contre le passé; au lieu de mettre fin aux abus, il avait détruit souvent ce qui était sensé. Les auteurs du Code eux aussi voulurent bannir des lois plus d'une erreur de notre ancien droit; mais plus éclairés, avec une louable modération, ils surent découvrir l'utilité de l'institution contractuelle. Ils ne s'en servirent pas pour soutenir les grands noms, mais ils lui donnèrent une autre impulsion; ils maintinrent ce que notre institution avait de bon; pour eux, ce fut un moyen excellent d'encouragement au mariage : « Les institutions, dit M. Laferrière (1), se développent, se fortifient, s'épurent, en s'éloignant de leur origine et des motifs qui les avaient fait naître. Les principes nouveaux qu'elles s'approprient

(1) P. 226, t. I, *Histoire du droit français*.

» leur communiquent un redoublement de vie, de durée,
» et une puissance inépuisable de transformation.

Le mariage « qui crée la famille, cette pépinière de l'Etat, » a trouvé dans les sociétés modernes, et dans notre Code tout un système de bienveillance, un ensemble de prérogatives. L'antique philosophe grec l'avait déjà dit : « Pour qu'une république soit bien constituée, les pre-
» mières lois doivent être celles qui règlent les ma-
» riages (1). » Modifier ce que le droit commun peut avoir de rigoureux, supprimer les entraves, multiplier d'une façon ingénieuse et combiner les différents régimes matrimoniaux, voilà ce que la raison suggère et ce que nos lois ont fait pour cette union qui mérite tant de faveur. En face d'un intérêt social aussi grand, le Code n'hésite pas à déroger au droit commun.

Afin de favoriser les unions légitimes, on encourage les libéralités à faire aux époux, on les facilite. La loi s'efforce de rendre ces donations moins onéreuses pour le donateur ; on les affranchit de plusieurs règles imposées partout ailleurs, on les traite avec plus d'égard que les donations ordinaires. Elles peuvent comprendre des biens à venir. On peut les faire sous des conditions potestatives de la part du donateur ; ainsi, elles ne sont pas essentiellement irrévocables : la règle célèbre *donner et retenir ne vaut*, est ici sans application, art. 947. Elles ne sont point non plus révocables pour cause d'ingratitude ; enfin, elles peuvent être faites au profit de personnes qui ne sont pas encore conçues... L'institution contractuelle rentre elle aussi dans ce système de faveur ; là, va nous apparaître sa grande utilité. Incontestablement, elle facilite merveilleusement les unions légitimes.

(1) Platon, *de Legib.*, lib. IV.

Ce mode de disposition répond parfaitement aux besoins de la situation qu'il est appelé à satisfaire.

Certes, il est plus avantageux pour les époux d'être gratifié d'une donation entre vifs de biens présents. S'ils sont sans fortune, si pour supporter les charges du ménage, il leur faut dès à présent une dot, c'est-à-dire du certain et du présent, seule la donation de biens présents répondra à ce besoin actuel. Les époux donataires se trouvant alors saisis irrévocablement auront une source immédiate de subsistances, ils n'auront qu'à s'en féliciter.

Mais le donateur peut hésiter à se dessaisir de la sorte ; souvent même, malgré son affection pour les futurs époux, il lui est impossible de les gratifier d'une telle libéralité ; va-t-il appauvrir sa propre famille pour en fonder une nouvelle ?

Dans ce cas, que reste-t-il à offrir aux époux ?

Une disposition testamentaire.

Pour le disposant, cela n'a rien d'onéreux ! Mais en revanche un testament est toujours révocable ; ce sont des ressources bien incertaines ; c'est un moyen bien peu efficace d'encouragement pour une union légitime.

« Ce qu'il faut trouver, dit M. Demolombe, c'est une » combinaison qui, sans dessaisir actuellement le disposant de la propriété de ses biens, en assure pourtant la » transmission aux époux pour l'époque de sa mort, avec » une suffisante garantie d'irrévocabilité.

» Eh bien, c'est précisément cette combinaison que » l'institution contractuelle réalise, par le mélange des » principes de la donation entre-vifs, qui est irrévocable,

Nullus est contractus, cui tot adjiciantur contractus alii, ne de pactionibus loquar, nam celebrior est contractus cæteris omnibus, quippe qui primus est omnium contractuum. (Cujas, ad tit. I, lib. V, Ccd)

» et des principes du testament, qui ne s'ouvre que par la
» mort du disposant. »

Mais, il faut le reconnaître, elle est fort peu pratiquée ; cela surprend l'éminent auteur (1). Son utilité évidente semblait en effet devoir lui assurer plus de faveur qu'elle n'en rencontre dans nos mœurs. Nous n'allons pas jusqu'à admettre qu'elle tende à disparaître complètement de nos usages ; ce qui est incontestable, c'est qu'elle est d'un emploi moins fréquent que dans notre ancien droit. Ses avantages pratiques devraient lui mériter plus de crédit.

§ 2. — Sa nature juridique.

Analysons les éléments essentiels qui la constituent, étudions plus à fond ses caractères ; sa définition scientifique établie nous montrera dans leur plein jour ses avantages ; ainsi nous verrons que les rédacteurs du Code ont sagement agi en la conservant.

Son nom ne se trouvant nulle part dans notre Code, est-il vrai que le législateur l'ait maintenue ? Rien dans les travaux préparatoires ne vient nous révéler les motifs qui ont pu porter le législateur de 1804 à ne pas user de cette dénomination d'institution contractuelle. Les rédacteurs

« L'institution contractuelle, dit M. Arnouilh, est par elle-même éminemment
» propre à favoriser les unions conjugales. Elle concilie d'une manière heureuse
» l'intérêt du donateur, et celui du donataire, en laissant au premier l'adminis-
» tration et la jouissance des biens donnés, même le droit d'en disposer dans une
» certaine mesure, et en assurant au second un droit irrévocable de succession.
» Cet avantage supérieur est bien de nature à déterminer une dérogation au droit
» commun, et à faire oublier que les convenances de succéder « induisent à pour-
» chasser, » tout au moins à souhaiter la mort l'un de l'autre. » (Coquille)

(1) Dalloz, *Instruct. générale de la régie de l'enregistrement* du 25 juin 1836, XXXVII, 3, 48.

ont-ils craint, comme le prétend M. Echsbach, de « bles-
» ser les idées nouvelles, en inscrivant dans leur œuvre
» ce mot de féodale mémoire? » M. Demolombe trouve
bien peu exacte cette conjecture de M. Echsbach ; il la
traite « d'in vraisemblable », ajoutant que « cette crainte,
» pour cette fois, eût été excessive. » « Ce que nous croi-
» rions plutôt, dit le savant professeur, c'est qu'ils n'au-
» ront pas voulu, par l'introduction d'un mot différent de
» la donation entre-vifs et du testament, briser l'unité et
» la simplicité de la classification fondamentale des modes
» de disposer qu'ils avaient admise. » (Art. 893.)

D'après M. Bonnet, et cette opinion nous semble égale-
ment acceptable, l'intention du législateur aurait été de
faire entendre que la donation de biens à venir n'est pas
seulement le don de l'universalité héréditaire, en tout ou
en partie, mais qu'elle peut aussi comprendre des objets
particuliers.

Les articles suivants du Code que nous croyons devoir
citer en tête de notre étude de droit français, prouvent
avec évidence qu'elle n'a pas été bannie en 1804 :

Article 1082 : « Les pères et mères, les autres ascen-
» dants, les parents collatéraux des époux et même les
» étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de
» tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur
» décès, tant au profit desdits époux qu'au profit des
» enfants à naître de leur mariage, pour le cas où le
» donateur survivrait à l'époux donataire.

« Aujourd'hui qu'en France la féodalité est abolie, dit M. Echsbach, l'institution
» contractuelle y est très rare. On y trouve tout au plus en usage dans certains
» départements une clause qui lui ressemble et en produit quelques effets, c'est la
» *promesse d'égalité* de part faite à un enfant par ses père et mère dans son
» contrat de mariage. » Avec M. Demolombe, nous croyons un peu inexacte cette
manière de voir. Les faits prouvent que l'institution contractuelle ne tend pas à
disparaître de nos mœurs aussi complètement que le prétend M. Echsbach.

» Pareille donation, quoique faite seulement au profit
» des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit
» cas de survie du donateur, présumée faite au profit des
» enfants et descendants à naître du mariage. »

Article 1083 : « La donation, dans la forme portée au
» précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement
» que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gra-
» tuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est
» pour sommes modiques, à titre de récompense ou
» autrement. »

Article 1089 : « Les donations faites à l'un des époux,
» dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-
» dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à
» l'époux donataire et à sa postérité. »

Mais avant de déterminer les caractères qui découlent de ces textes, il nous semble bon de nous éclairer par la tradition coutumière et d'exposer sur la nature de notre institution les idées de nos anciens jurisconsultes. Le mot d'institution contractuelle, employé dans notre ancien droit, semble répondre à cette précision si nécessaire, à cette exactitude qu'impose dans ses qualifications toute langue juridique bien faite; il délimite bien la portée de l'opération, et l'expression nous indique qu'il s'agit d'un donataire institué par contrat. Dans le chapitre II de son

Respectueuse de la tradition coutumière, dans le but raisonnable d'éviter toute confusion de langage, la doctrine a maintenu cette qualification d'institution contractuelle. Dans la pratique, il faut le reconnaître, l'expression est fort commode. Cependant, nous n'hésitons pas à le dire, ce terme n'est pas heureux au point de vue juridique; parfaitement juste autrefois, aujourd'hui il n'est nullement exact. Sous l'empire du Code, il n'y a plus d'héritier suivant le sens de la loi romaine. Le legs, l'institution d'héritier produisent le même effet (art. 1002); ce sont deux dispositions testamentaires de même nature. Puis, la donation de biens à venir par contrat de mariage peut comprendre non seulement la totalité ou une quote-part de la succession du donateur, mais encore taxativement un objet particulier à prendre dans cette succession....,

traité « des Institutions contractuelles », de Laurière nous donne la définition suivante : « Un don irrévocable de » succession ou d'une partie de succession fait par contrat de mariage au profit de l'un des deux époux ou » des enfants qu'ils doivent avoir ensemble. » Dans les principes relatifs à l'institution d'héritier, apparaissent particulièrement les traits de grande dissemblance qui caractérisent le génie de la législation romaine et de la jurisprudence des pays de droit écrit, et mettent bien en relief les vues si différentes du droit de nos coutumes. A la maxime romaine : *dicat testator et erit lex*, le droit coutumier oppose : *Solus Deus heredem facere potest, non homo*. A Rome nous voyons l'héritier institué avoir seul la saisine, représenter seul le défunt, succéder seul à sa personne ; l'institution d'héritier est la base, la condition essentielle de validité des dispositions testamentaires (*caput et fundamentum testamenti*). Au contraire, dans les pays de coutume, les liens du sang l'emportent sur la volonté individuelle ; on ne peut point nommer un héritier, en vertu de l'adage : *Institution d'héritier n'a point lieu*... Seule, la loi peut désigner l'héritier ; la saisine appartient à cet héritier naturel ; seul, il peut continuer la personne du défunt. L'institution contractuelle vient consacrer à cette manière de voir une dérogation bien exceptionnelle. « Institution d'héritier ne vaut, sinon en faveur » des mariés par le contrat de leur mariage. » Deux éléments opposés, disparates se combinent pour engendrer notre disposition ; là se réunissent pour constituer un type spécial la donation entre vifs, acte conventionnel de volonté irrévocable, le testament, acte unilatéral de volonté qui est au contraire révocable.

Notre institution est-elle une donation à cause de mort ? Est-elle une donation entre vifs ou un testament ? Ou

encore une disposition *sui generis* ? Tel est le problème que soulève nécessairement la juxtaposition d'éléments aussi dissemblables. Découvrir la vérité n'est pas d'un intérêt doctrinal purement spéculatif et sans aucune portée pratique ; déterminer la véritable nature de notre disposition importe au contraire beaucoup, lorsqu'il s'agit de résoudre divers cas particuliers (1). Cela a été la source de plus d'une dispute, et peu de controverses semblent offrir plus de divergences dans les opinions.

Puisqu'elle fait un héritier, c'est, au dire de quelques auteurs, un testament irrévocable.

« Suivant le professeur Rousseau, l'institution contractuelle est une donation entre vifs ayant pour objet le titre et la qualité d'héritier, lorsque la succession de l'instituant sera ouverte. »

C'est une donation à cause de mort d'après Coquille, Ricard et de Laurière. Comme l'institution contractuelle, la donation à cause de mort est révoquée par le prédécès du gratifié ; l'exécution de l'institution contractuelle est suspendue jusqu'à la mort de l'instituant ; enfin l'on ajoute pour confirmer cette manière de voir, que l'instituant se préfère à l'institué et préfère l'institué à son héritier. Lebrun ne prétend pas méconnaître qu'il est plus d'une analogie entre la donation à cause de mort et l'institution contractuelle ; il lui semble cependant plus vrai de la comparer à la donation entre vifs ; un acte qui participe de deux natures doit être réputé de celle dont il tient le plus ; or, d'après cet auteur, l'institution contractuelle est *a nobiliori parte* une donation entre vifs. Notre disposition est irrévocable. Prohibition de faire une nouvelle institution est faite à l'instituant ; il renonce à la faculté de disposer à titre gratuit

(1) Cassation, 4 mars 1863 ; Dalloz, 1863, I, 148.

et universel de tout ou partie de ses biens. Dans certaines provinces, on considère l'institution contractuelle surtout comme une donation entre vifs; les pays de droit écrit et quelques coutumes (Touraine, art. 252; Maine, art. 262; Loudunois, art. 4, chap. xxvi) font perdre à l'instituant la faculté d'aliéner, même à titre onéreux, les biens qu'il possédait au moment de l'institution.

Avec Domat et Furgole nous considérons comme entachées d'exagération ces diverses solutions.

« Plusieurs auteurs, dit Furgole, ont parlé des institutions contractuelles et en ont expliqué les effets; mais je n'en ai trouvé là aucun qui en ait expliqué et développé exactement la nature. »

« C'est, ajoute ce jurisconsulte, une manière de disposer ou une convention que quelques auteurs ont appelée avec raison *amphibie*, qui constitue une classe à part et qui a ses règles particulières (1). »

Avec un esprit d'éclectisme qui nous semble bien entendu, Domat, dans la préface de ses *Lois civiles* (titre des Successions), nous dit que l'institution contractuelle est d'une nature complexe; certains traits de sa physionomie sont propres au testament; d'autres; aux conventions; aussi,

Cette décision de la Cour suprême montre avec évidence que, même de nos jours, cette étude doctrinale approfondie du caractère juridique que nos auteurs coutumiers croyaient devoir faire au sujet de l'institution contractuelle a plus d'un intérêt pratique. L'arrêt est obligé de faire appel aux idées émises par nos anciens jurisconsultes; il fallait, pour résoudre l'espèce, appliquer le droit de nos coutumes.... Après avoir admis que déjà dans l'ancien droit l'institution contractuelle était assimilée aux donations entre vifs, à raison de son irrévocabilité, la Cour régulatrice déduit cette conséquence que, sous l'empire des coutumes qui permettaient de faire un contrat de mariage sous seing privé, l'institution contractuelle devait se faire à peine de nullité, par acte authentique....

(1) Furgole, t. V, p. 100 et suiv., *Commentaire sur l'ordonnance de 1731*, art. 13.

pour chaque difficulté qu'il s'agit de résoudre, il faut distinguer et voir soigneusement s'il faut faire appel aux règles des testaments ou aux règles des conventions.

Domat et Furgole nous semblent être dans le vrai ; nous partageons pleinement leur manière de voir.

Il convient de remarquer, en abordant l'étude de la législation actuelle, que le tribun Jaubert, dans la séance du 9 floréal an XII, emploie cette dénomination d'institution contractuelle déjà usitée dans l'ancien droit (1). Nous croyons devoir en donner la définition suivante : C'est un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession fait par contrat de mariage par des pères et mères, ou même par des étrangers, au profit de l'un des conjoints et des enfants qui doivent naître du futur mariage. Ainsi notre disposition emprunte ses caractères tantôt au testament, tantôt à la donation entre vifs. Elle tient du testament en ce que les effets qu'elle doit produire sont subordonnés à la survie du donataire ; elle est révocable par aliénation à titre onéreux, ses résultats juridiques pratiques n'apparaîtront et ne se réaliseront qu'au décès du donateur. Mais c'est aussi une convention qui ne peut être révoquée ni directement ni indirectement par une nouvelle disposition, et ces caractères sont ceux de la donation, à laquelle elle tient par ces points de ressemblance. Les articles 1082 et 1083 nous présentent parfaitement ce caractère mixte de l'opération que nous nous efforçons d'analyser.

Une idée supérieure de philosophie du droit, c'est-à-dire la faveur dont il faut entourer les unions légitimes, fait déroger à cette vieille règle de Rome heureusement maintenue par notre Code civil (art. 1130) comme règle

(1) Locré, t. V, p. 362, n° 83, *Rapport au tribunal*.

essentielle de droit commun : qu'il faut prohiber les stipulations sur une succession non ouverte. Même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, ces pactes sur succession future sont défendus. La nullité de la donation de biens à venir est prononcée par l'article 943; et l'article 944 déclare expressément non valable toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. « Les donations, nous dit de Laurière, sur Loisel, sont de » droit étroit, préjudiciables aux familles et, par cette » raison, on ne leur donne pas d'extension. » En effet, ces deux textes dérivent l'un et l'autre de la maxime : Donner et retenir ne vaut, maxime établie en haine des donations par le droit coutumier. L'institution contractuelle déroge encore à cette règle : « Les règles, même » les plus sévères, dit Jaubert, dans son rapport au tribunat, que la loi a cru devoir établir sur l'irrévocabilité » des donations, doivent fléchir en faveur du mariage. » La loi ne voit que la nécessité de l'encourager. » Enfin, l'institution contractuelle constitue une exception à l'article 893 du Code civil, qui ne reconnaît que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. Nous l'avons reconnue comme étant une sorte de disposition mixte, un contrat *sui generis*. Donc ce qui caractérise l'institution contrac-

En autorisant l'institution d'un héritier par contrat, le législateur a dérogé à plusieurs principes de droit commun ; puis, celui qui fait une pareille disposition renonce à un droit important et précieux, celui de disposer à titre gratuit ; nous avons là une disposition exceptionnelle ; aussi dans l'interprétation des institutions contractuelles, il faut suivre la règle qui commande d'interpréter restrictivement les dispositions d'exception. La Cour de Paris a très bien su établir scientifiquement ce principe. — Paris, 1^{er} décembre 1855. (Dalloz, 1855, 5, 159.)

La Cour suprême partage pleinement cette manière de voir. — Rejet, chambre civile, 28 juin 1858. (Dalloz, 1858, 1, 331.)

tuelle, c'est que le donateur ne se dessaisit pas actuellement et qu'il conserve la libre disposition de ses biens ; le donataire n'a droit qu'aux biens qui existent lors du décès.

CONDITIONS DE VALIDITÉ

§ 1^{er}. — Formes de l'acte par lequel peut avoir lieu la donation de biens à venir.

Dans notre ancien droit, la règle générale était que l'institution contractuelle ne pouvait être faite que par contrat de mariage. C'est du contrat de mariage qu'elle tire sa validité, son existence. Elle est en elle-même frappée de nullité, d'inefficacité. Nous avons exposé plus haut pourquoi le contrat de mariage eut le privilège d'être susceptible de recevoir une institution d'héritier. Elle doit même, sous peine de nullité, selon la remarque de Dumoulin (1), avoir lieu *in continenti juxta contractum matrimonii* ; il ne suffit pas qu'elle soit faite en vue d'un mariage à célébrer ; il faut encore qu'elle soit faite par le contrat de mariage, ou du moins dans un acte qui, quoique séparé de ce contrat, s'y rapporte, s'y incorpore et soit censé en faire partie. Mais, dans la stipulation elle-même de l'institution contractuelle, pas plus sous l'empire des coutumes que maintenant sous l'empire du Code, on n'impo-

Dans les art. 943 et 944 du Code civil, le législateur a voulu assurer ce grand intérêt social, de la stabilité de la propriété.

(1) Coutume d'Auvergne, art. 26, chap. xiv.

sait, sous peine de nullité des termes formalistes, une formule sacramentelle.

Même depuis l'abrogation des coutumes, ce point de droit s'est présenté dans la pratique ; mais un arrêt de la Cour suprême (1) admet que, même dans l'ancien droit, l'institution d'héritier par contrat de mariage n'exigeait nullement l'emploi de termes solennels ; seule, la volonté du disposant devait être recherchée.

Mais l'acceptation et l'insinuation étaient-elles nécessaires ? Ni la nécessité, ni la forme de l'acceptation des donations entre vifs n'étaient imposées à l'institution contractuelle ; on ne voulait pas que les époux ou les enfants, par suite d'un défaut de formalité, fussent dépouillés d'une libéralité qui avait peut-être contribué à décider au mariage. Les donations contenues dans le contrat de mariage, mais le fait seul de la célébration du mariage établit avec évidence que les époux les ont acceptées, tant pour eux que pour leurs descendants. Nous lisons dans l'article 13 de l'ordonnance de 1731 : « Les institutions contractuelles et » les dispositions à cause de mort, qui seraient faites dans » un contrat de mariage, même par des collatéraux ou » par des étrangers, ne pourront être attaquées par le » défaut d'acceptation. »

Le texte des coutumes, l'ordonnance de 1731 n'assujettissant pas les institutions contractuelles à l'insinuation, de Laurière, Lebrun, Coquille, Furgole en tiraient cette

Certaines conventions sur les successions non ouvertes sont en elles-mêmes si dangereuses, si immorales, qu'elles sont défendues même dans les contrats de mariage (art. 1600, 791). Dans ces conventions, on renonce à la succession d'un homme vivant, on aliène les droits qu'on peut avoir éventuellement à cette succession. Au contraire, dans l'institution contractuelle, il s'agit de conventions par lesquelles on dispose de sa propre succession au profit d'un tiers.

(1) Rejet, 29 juin 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1986-2°).

conséquence que l'insinuation était inutile, nullement nécessaire pour la validité de l'opération. Cette formalité n'étant requise par aucune loi, ces jurisconsultes disaient avec raison, qu'il ne dépend pas des interprètes d'assujettir un acte à une solennité qu'aucune disposition ne lui a imposée. Ricard, il est vrai, combattait cette opinion ; il voulait obliger à l'insinuation ; et pour nous, nous trouvons bien peu plausible cette doctrine. Ricard s'appuyait sur ce motif : que l'héritier *ab intestat* pourrait, dans l'ignorance de l'institution, accepter la succession de l'instituant et répondre aux attaques des créanciers, ou bien, en dissimulant l'institution, contracter avec des tiers sur des biens qui devraient tourner au profit d'autrui.

Sous l'empire du Code des questions analogues sont soulevées ; on demande si l'institution contractuelle doit, pour être valable, être faite par contrat de mariage, ou s'il suffit qu'elle soit faite en faveur du mariage par acte authentique ?

Nous répondrons sans hésiter, avec la majorité des auteurs, que la donation de biens à venir ne peut être faite que par un contrat de mariage ou par un acte qui se réfère à un contrat de mariage antérieur, conformément aux

Il y a plusieurs exceptions à la règle générale suivant laquelle l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage.

Benedicti nous rapporte (*ad cap. Raynut., sect. Duas habens filias*, n° 200) que l'institution contractuelle est valable, lorsqu'elle est faite entre deux frères, hors contrat de mariage.

L'institution contractuelle s'était aussi introduite dans les sociétés *universorum bonorum* autrefois si nombreuses. « Tous pactes et convenances, lisons-nous » dans le chap. xv de la Coutume d'Auvergne, tant de succéder qu'autres quel- » conques, soit mutuelles ou non, mises et apposées en contrat d'association univer- » selle, faites et passées par personnes capables à contracter, non malades de ma- » ladies dont on espère la mort ou que la mort s'en suive de prochain, sont bonnes » et valables et saisissent les contractants, ladite association ou leurs descendants. » Cette dernière disposition était-elle de droit commun, cela est douteux. Il existait d'ailleurs plus d'une dissemblance entre l'institution d'héritier par contrat de

articles 1396 et 1397. Si l'acte par lequel la donation a été faite, conformément aux articles 1396 et 1397, se rattache au contrat de mariage ; cet acte en devient une partie intégrante, il se confond avec ce contrat de mariage ; et, dans ce cas, la question ne s'élève même pas. Mais des jurisconsultes considérables d'autorité et de savoir ont, au contraire, avancé que la donation de biens à venir peut être faite par tout acte authentique antérieur au mariage, pourvu qu'elle soit faite en faveur du mariage (1). Cette doctrine se heurte à la tradition coutumière que nous venons d'exposer. On semble avoir oublié cette règle de Dumoulin : « Nec sufficit quod fiant in favorem, sed quod » in ipso contractu, ut sint pars pactorum dotialium. » Lebrun va nous donner un motif rationnel plus exact peut-être pour notre temps que pour le sien.

Ces institutions étant contre le droit, la première condition de leur validité est de les faire par contrat de mariage, car on ne les a admises que par la faveur extrême de ces contrats.

Les interprètes que nous combattons ne sont guère plus heureux lorsqu'il faut concilier leur solution avec le texte de l'art. 1082 : « Les donateurs peuvent, *par contrat*

mariage, et l'institution de l'associé survivant, faite dans une association universelle. La survenance d'enfants, la dissolution de la société l'éteignait. Enfin Merlin nous fait observer qu'elle ne conférait pas, à proprement parler, un droit héréditaire à l'associé survivant : par la remise des actions *pro socio et communi dividundo*, elle dispensait uniquement du partage des biens dont il était déjà propriétaire par *indivis*.

« Le jurisconsulte Benedicti, nous dit Furgole, rapporte plusieurs autres cas » où cette convention est valable ; mais je ne pense que hors des lieux où il y a » coutume ou usage qui autorise l'institution contractuelle faite autrement qu'en » faveur du mariage, on puisse la considérer comme valable et efficace... »

(1) Merlin, Répert, v^o *Institut. contract.*, p. 3, n^o 2 ; et *Quest. de droit*, v^o *Remploi*, n^o 4 ; Toullier, t. III, n^o 830 ; Grenier, t. III, n^o 426 ; Vazeille.

» *de mariage*, etc. ; » et comme il s'agit de dispositions qui constituent des exceptions aux principes, on ne doit pas les étendre au-delà des termes de la loi qui les établit.

Les articles de cette matière exceptionnelle ne mentionnant que les donations qui sont faites par contrat de mariage, nous devons conclure que ces textes ne peuvent être étendus aux donations qui sont faites en dehors du contrat de mariage, lors même que ces donations seraient faites en faveur du mariage. Le mariage avait-il été le vrai mobile de la donation, voilà ce que voulait savoir le législateur. Le contrat de mariage se rattachant nécessairement au mariage, seul fournit une preuve certaine, qui, au contraire, ne résulte pas d'une donation faite simplement en faveur du mariage.

« Il y a encore une autre raison de cette rigueur, nous » dit M. Laurent ; la libéralité est souvent faite en vue du » régime adopté par les futurs époux ; il est donc bon que » la donation se fasse par le contrat de mariage même, » dont elle devient ainsi une clause. » La pensée des auteurs du Code est bien certaine ; l'art. 1083 porte que la donation, *dans la forme prescrite au précédent article*, sera irrévocable. Il en est de même de l'art. 1087 qui dispense de l'acceptation expresse les donations faites *par contrat de mariage*.

Puis la donation de biens à venir n'est pas seulement une dérogation à l'art. 943, qui ne permet de donner entre vifs que les biens présents, mais elle déroge aussi à l'art. 791, qui défend toute espèce de pacte sur les successions non ouvertes ; et sous ce double rapport, elle ne saurait sortir du cercle où la loi l'a enfermée ; or la loi ne l'autorise que dans le contrat de mariage.

La donation de biens à venir est-elle soumise, quant

aux meubles, à la nécessité d'un état estimatif conformément à l'art. 948 ?

Est-elle soumise, quant aux immeubles, à la nécessité de la transcription, conformément à l'art. 939 ?

La doctrine et la jurisprudence admettent qu'il n'est, sans aucun doute, pas imposé d'accompagner d'un état estimatif l'institution contractuelle quand elle a pour objet des effets mobiliers (1). Ici l'état estimatif n'a plus de raison d'être ; c'est pour assurer l'irrévocabilité de la donation entre vifs que cette formalité est exigée ; or l'institution contractuelle est révocable. Elle est révocable en ce sens que le donateur transmet au donataire le mobilier qu'il laissera à son décès ; mais il ne transmet pas son mobilier présent.

Quant à la transcription édictée par l'art. 939, on peut également répondre sans hésiter qu'elle n'est pas requise pour la donation de biens à venir. Nous avons déjà exposé les controverses suscitées sous l'empire de l'ordonnance de 1731 au sujet de la nécessité de l'insinuation ; dans le silence des textes, les auteurs étaient divisés ; et nous n'avons pas hésité à reconnaître que l'insinuation n'était pas imposée (2). Sous l'empire du Code, nous lisons dans l'art. 939 que les donations de biens susceptibles d'hypothèques sont soumises à la transcription. L'institution contractuelle ayant plusieurs caractères de la donation, on en pourrait conclure qu'elle aussi doit être transcrite. Une semblable déduction serait erronée, car la loi exige la transcription dans l'intérêt des tiers, acquéreurs et créanciers hypothécaires. Dans l'institution contractuelle, le

(1) Laurent, Demolombe. Aubry et Rau, t. VI, p. 252 et note 13 ; Riom, 5 déc. 1825. (Dalloz, n° 2395.)

(2) Baquet, chap. XVI, n° 284, *des Droits de justice* ; Furgole, sur l'art. 23 de l'ordon. de 1731.

donateur conservant la faculté d'aliéner et d'hypothéquer, la publicité n'est pour les tiers d'aucun intérêt. On peut, il est vrai, éprouver quelque hésitation en approfondissant la question, et en mettant à découvert toutes ses faces. Aux termes de l'article 941, le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt ; or les donataires postérieurs à l'institution contractuelle sont certainement intéressés à la connaître, et il leur importe qu'elle soit rendue publique, puisque l'instituant n'a pas le droit de faire des donations.

Malgré cette objection qui à première vue peut sembler sérieuse, nous maintiendrons avec la doctrine et la jurisprudence que la transcription n'est nullement imposée (1). Sans doute, si l'on ne consulte que les seuls textes du C. civ., la question reste douteuse ; mais dans l'ancien droit, dont l'autorité a tant de valeur dans une pareille matière, nous l'avons déjà dit : l'ordonnance de 1731 n'a jamais imposé l'insinuation ; cela était admis par la plupart des interprètes, et Furgole, commentant l'art. 20 de l'ordonnance, donne comme raison de l'inutilité de l'insinuation : que les créanciers n'y avaient aucun intérêt (2).

« L'intérêt des donataires subséquents, nous dit M. Laurent, n'aura pas paru suffisant. Quant à la qualification de donation que le Code donne à l'institution contractuelle, elle implique, à la vérité, que les principes des donations entre-vifs sont applicables à la donation de biens à venir, mais dans les limites où il y a analogie ; or l'analogie cesse quand il est question de l'intérêt des tiers, la donation entre vifs étant translatrice de propriété,

(1) Grenier, t. III, p. 338, n° 430 ; Laurent, t. XV, n° 188, et tous les auteurs ; Rejet, 4 février 1867. (Dalloz, 1867, 1, 65.)

(2) Furgole, t. V, p. 187,

» tandis que le donateur qui institue un héritier par contrat reste néanmoins propriétaire. »

Mais, en revanche, la transcription ne serait-elle pas requise par la loi du 23 mars 1855 ?

Nous ne le croyons pas ; car d'une part la transcription implique l'idée d'un acte actuellement translatif de la propriété d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier ; or la donation de biens à venir ne transmet actuellement aucun droit réel au donataire.

D'autre part, la transcription n'est point applicable aux mutations qui s'opèrent après décès, soit par la vocation de l'homme, soit par la vocation de la loi ; elle concerne seulement les mutations qui s'opèrent entre vifs.

Or, dans la donation de biens à venir, la propriété n'est transférée qu'à l'époque du décès du donateur.

On ne saurait nier que le même contrat de mariage ne puisse renfermer plusieurs donations de biens à venir faites, conjointement ou séparément, par diverses personnes. On lit, il est vrai, dans l'article 968 qu'un testament ne peut pas être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes. Mais ce texte, fondé sur le seul principe de la révocabilité des testaments, ne saurait trouver ici aucune application ; nous avons, en effet, affaire à une institution juridique qui, une fois faite, ne peut, pas plus qu'une donation, être révoquée par le donateur. L'irrévocabilité, ce caractère propre de la donation entre vifs, prédomine ici dans l'institution contractuelle (1). Ajoutons que l'article 1093, qui autorise les futurs époux à se faire une donation de biens à venir *réciproque*, dans leur contrat de mariage, est une preuve absolue de notre manière de voir.

(1) En ce sens, Bonnet, t. I, n° 263 ; Demolombe, t. XXIII, n° 278 ; de Fréminville, sur Grenier, t. III, n° 431 *bis*, note *a*.

§ 2. — Quels biens l'institution contractuelle peut-elle comprendre ?

Dans l'ancien droit, l'institution contractuelle pouvait être universelle ou particulière, comprendre tous les biens du donateur ou seulement une certaine quotité. Si elle était indéfinie, elle comprenait tous les biens de l'instituant, même ses propres (1).

D'après l'art. 1082, l'institution contractuelle peut comprendre *tout ou partie des biens que les donateurs laisseront à leur décès* ; et la traduction incontestable de cette formule signifie que la donation de biens à venir peut être soit universelle, soit à titre universel, soit même à titre particulier. Elle est universelle lorsque le donateur dit : « *Je donne tous les biens que je laisserai à mon décès* ; » à titre universel, lorsqu'il donne le tiers, le quart, etc., des biens, ou tous les immeubles, ou tous les meubles, ou une fraction de tous les immeubles, ou enfin une fraction de tous les meubles, qu'il laissera dans sa succession (art. 1010) ; à titre particulier, lorsqu'il limite, par un chiffre déterminé, l'étendue de sa libéralité, lorsqu'il donne, par exemple, 10,000 francs à prendre sur les biens qu'il laissera à son décès. L'institution est encore à titre particulier, lorsque le donateur désigne individuellement des biens héréditaires, des corps certains ou des quantités ; comme, par exemple, telle maison, tels chevaux, telle créance sur un tiers.

Lorsque l'on veut examiner le fond des choses, on ne peut méconnaître que le langage de l'article 1082 ne soit d'une identité absolue avec celui de l'article 895, lorsque

(1) Arrêt de Paris du 30 août 1700 (duc de Chevreuse).

ce texte nous définit le testament : l'acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus, *de tout ou partie de ses biens*.

Nous touchons dès lors une différence capitale entre la donation entre vifs et l'institution contractuelle. La donation entre vifs ne peut comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle est nulle (art. 948) ; au contraire, dans l'institution contractuelle, le donateur ne fait point gratification de ses biens présents ; il ne donne que ce qu'il laissera à son décès, c'est-à-dire des biens à venir. De ce chef, par conséquent, analogie parfaite entre l'institution contractuelle et le testament ; le donateur peut donner ce que le testateur peut léguer.

De même que le legs universel (art. 1003), l'institution universelle comprend toute l'hérédité, « sans que l'on » puisse rechercher la nature des biens, dit la Cour » suprême (1), ni à quel titre et par quel événement ils » sont venus en la possession du défunt dont ils forment » la succession. » Celui qui a fait une institution universelle ne peut plus faire de testament, sauf dans les limites où il lui est permis de disposer à titre gratuit, c'est-à-dire pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

Et puisque, en ce qui concerne les biens qu'elle peut avoir pour objet, la donation de biens à venir doit être assimilée au legs, la cause de caducité établie par l'article 1042 et qui résulte de la perte totale de la chose, doit sans aucun doute être appliquée à cette institution.

Primus vous a donné, par votre contrat de mariage, tel immeuble déterminé, ou même tous les immeubles qu'il laissera au jour de son décès.

(1) Rejet, 7 nov. 1832. (Dalloz, n° 1985-2°.)

Et puis, comme il en a le droit, il a aliéné cet immeuble ou tous ses immeubles; la vente, nous le supposons, n'est pas faite en fraude du gratifié. Le donataire pourra-t-il réclamer le prix qui aurait été payé ou qui serait encore dû? La doctrine et la jurisprudence admettent la négative (1), et cette solution consacrée par tous nous semble incontestable. Cette donation de biens à venir étant caduque, le droit du donataire ne peut, pas plus que ne le pourrait le droit d'un légataire, se reporter sur les valeurs mobilières de la succession, lors même qu'il serait établi qu'elles représentent le prix des immeubles ou même que ce prix serait encore dû.

De même que le légataire, le donataire ne peut réclamer que ce qui lui a été donné; or, dans l'espèce, il n'a droit qu'aux immeubles qui existeront dans l'hérédité du donateur; s'il n'y a pas d'immeubles, il n'a droit à rien. Le donataire universel, appelé à recueillir tous les biens que le donateur laissera à son décès, a, pour cette raison, droit au prix payé ou dû pour les biens vendus; au contraire, le donataire à titre universel des immeubles ne peut élever de prétention fondée que sur une certaine espèce de biens; son droit est beaucoup plus restreint; les immeubles disparus, il ne peut plus rien réclamer.

Nous avons vu que le donateur peut, d'après l'art. 1082, disposer *de tout ou partie des biens* qu'il laissera à son décès. Cette expression « partie des biens » employée dans l'article 895 au sujet des testaments, c'est-à-dire dans une matière tout à fait analogue, offre un sens nullement obscur. Cela veut dire non seulement une universalité, mais aussi des biens particuliers. Une formule

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 250, note 6; Demolombe, t. XXIII, p. 307, n° 281; Laurent, t. XV, n° 192; Cassat., 23 mars 1841.

identique devant être l'expression d'une idée identique, nous avons déjà admis comme certain que si l'on peut faire un legs à titre particulier, l'on peut également faire une institution contractuelle à titre particulier. L'art. 895 comme l'article 1082 établissent ce principe; et ce que tout le monde fait découler logiquement des termes de l'article 895, à savoir que l'on peut faire un legs à titre particulier, nous voulons également le faire découler de l'article 1082 qui est la reproduction littérale de l'art. 895; nous admettons comme formellement permise et établie par le texte même de la loi, l'institution contractuelle à titre particulier.

Cependant certains jurisconsultes ne veulent pas se rendre à cette déduction si logique (1); ils s'efforcent, malgré l'évidente clarté du texte de l'article 1082, d'agiter la controverse : Non, disent-ils, l'institution contractuelle à titre particulier n'est pas permise; elle doit être nécessairement universelle ou à titre universel.

Pour motiver cette solution, on prétend que le mot *Institution* implique la nomination d'un héritier par contrat, ce qui est incompatible avec une institution à titre particulier; mais ce mot d'institution, où le trouve-t-on dans le Code? Nulle part; c'est une vieille dénomination que le Code n'a point formellement consacrée, et qui n'est employée par la doctrine que pour éviter toute confusion de langage; nous reconnaissons aussi, que le plus ordinairement dans la pratique, la donation de biens à venir est faite à titre universel. Mais on pourrait parfaitement recourir à une institution à titre particulier; et, encore une fois, que l'on lise donc avec soin ces mots de

(1) Duranton, t. IX, n° 576; Poujol, art. 1882, n° 2; Delvincourt, t. II, p. 421-422.

l'article 1082 : *tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès !!* cela signifie non seulement l'universalité, une quote-part de l'universalité, mais encore chacun des biens individuellement considérés, qui composent la succession ; tel en est le sens juridique, ainsi qu'il est constaté par les articles 895, 1048 et 1049 ; et on peut ajouter à l'article 895 les articles 1009, 1010 et 1014, qui admettent le legs universel, le legs à titre universel et le legs à titre particulier.

Si l'on peut léguer tels biens, pourquoi ne pourrait-on pas les donner, alors que la donation comme le legs, porte sur les biens que le disposant laisse à son décès ?

On ne sait opposer à ces considérations si plausibles, que ce faible motif que nous avons déjà exposé et détruit : « L'expression d'institution contractuelle fait naître l'idée d'une succession, donc d'une universalité. »

Les principes du droit exigent que la donation de biens à venir soit assimilée au testament, sous le rapport des biens qui peuvent en être l'objet ; les mêmes règles qui sont applicables au legs doivent aussi être appliquées à l'institution contractuelle ; où serait, quant aux biens qu'elle peut comprendre, le motif de différence ?

Les conséquences de la doctrine contraire, combattue par les auteurs les plus éminents et par plusieurs arrêts, sont des plus bizarres et en opposition formelle avec les principes juridiques les plus incontestables (1). Delvincourt, en effet, voit *un legs irrévocable* dans une donation de biens à venir s'appliquant à des objets déterminés ; mais où a-t-on jamais vu qu'un legs puisse être irrévo-

(1) Coin-Delisle, art. 1082, nos 15-16 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 254 bis ; Aubry et Rau, t. VI, p. 250 ; Laurent, n° 193, t. XV ; Demolombe, n° 280, t. XXIII ; Cassat. 1^{er} mars 1831 (Sirey, 1831, I, 234) ; Besançon, 9 juin 1862. (Dalloz, 1862, 2, 116.)

cable ? Duranton, tout en se ralliant à la solution de Delvincourt, en tire une conséquence différente ; il voit, dans l'institution contractuelle à titre particulier, *une donation de la nue-propriété, avec réserve d'usufruit*.

Mais il ne s'aperçoit pas que l'on viole la volonté du donateur en convertissant les donations de biens à venir en une donation de biens présents.

Cependant la jurisprudence est hésitante ; plusieurs fois elle a consacré notre manière de voir ; dans certaines décisions déjà anciennes, elle s'est au contraire ralliée à la thèse adverse, et plusieurs arrêts semblent se refuser à admettre la possibilité et la validité de l'institution contractuelle à titre particulier.

Dans un arrêt du 2 mars 1807, la cour de Bourges ne comprend sous le nom d'institution contractuelle que la donation qui porte sur tous les biens que le donateur laissera à son décès ; elle affirme gratuitement qu'il y a des différences essentielles entre la donation d'un corps certain et l'institution contractuelle.

L'on ne doit pas prendre dans un sens trop absolu l'assimilation que l'on fait de l'institution contractuelle et du testament, en ce qui concerne les biens dont le donateur et le testateur peuvent disposer. Le testateur pouvant toujours révoquer sa libéralité, le testament ne donne donc aucun droit actuel au légataire ; au contraire, l'institution contractuelle est irrévocable, en ce sens qu'elle investit le donataire de la qualité d'héritier par contrat ; le donateur ne peut plus la lui enlever et, par suite, il ne peut plus disposer de ses biens à titre gratuit ; nous avons donc là une différence essentielle relevée entre le testament et la donation de biens à venir.

Ces idées générales mises en lumière, il suit que la femme mariée sous le régime dotal peut incontestablement

léguer ses biens dotaux ; mais peut-elle les donner par institution contractuelle ? A cause du caractère d'irrévocabilité qui prédomine dans l'institution contractuelle, nous répondons sans hésiter que *non*. Suivant nous, la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas disposer de ses biens dotaux par donation de biens à venir, au profit d'autres personnes que de ses enfants. Il est vrai que cette doctrine est vivement attaquée, et malgré les raisons si puissantes de ne pas admettre la possibilité de l'institution contractuelle faite par la femme dotale, l'on s'insurge contre cette manière de voir et la controverse est bien loin d'être expirante.

Examinons donc les arguments que la doctrine et la jurisprudence opposent à notre thèse ; et, en nous efforçant de les ruiner, nous démontrerons avec évidence les motifs de décider en sens contraire mis en avant par de fort bons esprits et consacrés par plusieurs arrêts (1).

C'est dans la tradition historique que l'on puise le principal argument. Dans l'ancien droit (2), nous dit-on, la femme dotale pouvait faire une institution contractuelle. Cela est vrai, nous sommes loin de le nier ; mais le Code civil a établi des principes absolus là où, dans l'ancienne jurisprudence, régnait en souverain maître un arbitraire sans bornes ; dans chaque parlement, l'on consacrait des exceptions à l'inaliénabilité de la dot. Sous l'empire du droit actuel, plus d'incertitude (3) ; la loi pose une règle et précise les exceptions en dehors desquelles on rentre dans la règle. Cela nous semble décisif ; par cela seul que

(1) Tessier, *de la Dot*, t. I, n° 507 ; Troplong, *des Donations*, t. IV, n° 2371 ; Grenoble, 11 juin 1851 (Dalloz, 1854, 2, 71) ; Duranton, t. IX, n° 724.

(2) Roussilhe, *de la Dot*, t. I, n° 394 ; trois arrêts du parlement de Paris des 22 août 1645, 22 juin 1651 et 6 mars 1728.

(3) Agen, 28 janvier 1856. (Dalloz, 1856, 2, 96.)

l'institution contractuelle n'est pas autorisée, elle est prohibée. Il faut de nos jours, pour résoudre la question, faire appel aux seuls textes du Code, qui admettent la solution contraire; et nous ajouterons, avec M. Demolombe, que cette solution du droit nouveau nous semble meilleure, plus conforme à la logique et à la prévoyance que celle de l'ancien droit.

Dans un des derniers arrêts rendus dans le sens que nous combattons, celui de la cour de Grenoble de 1851 que nous avons déjà cité, nous lisons cette idée qui nous semble peu exacte. La femme, d'après cette décision, même mariée sous le régime dotal, est capable de contracter et de disposer de ses biens; les conditions auxquelles la loi la soumet sont des exceptions ou des restrictions qu'il faut limiter aux cas qu'elle a spécialement prévus. Cela n'est pas vrai. Avec la cour de Pau, nous prétendons au contraire qu'aux termes de l'art. 1554, les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, sauf les exceptions qui sont admises par les articles 1555-1559 (1). L'article 1554 consacre une prohibition générale, absolue, en ce sens qu'elle s'applique à toute aliénation, quels qu'en soient le caractère et la cause. Le problème à résoudre est donc de discerner si l'institution contractuelle contient une aliénation. Qu'est-ce que la propriété? L'art. 544 répond que c'est le droit de disposer des choses de la manière la plus entière, la plus absolue; il résulte de là qu'il y a une aliénation dans tout fait juridique qui restreint le droit absolu de disposer; or l'instituant, d'après l'art. 1083, ne peut plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans l'institution; la conséquence est désormais bien facile à déduire; puisque

(1) Pau, 26 février 1868. (Dalloz, 1868, 2, 132.)

l'institution contractuelle enlève au donateur la faculté de disposer à titre gratuit, le droit de propriété est amoindri par ce mode de disposition.

Et pour rendre plus évidente encore cette manière de raisonner, efforçons-nous de présenter, avec la forme syllogistique, cet argument décisif, auquel on n'a du reste jamais répondu.

Aux termes de l'art. 1554, les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf, dit ce texte, les exceptions qui suivent (1) ;

Or la donation de biens à venir renferme une aliénation, et elle ne se trouve pas dans les exceptions faites à l'article 1554 par les articles suivants ;

Donc, elle ne peut pas comprendre les immeubles dotaux.

On allègue que : « l'institution contractuelle laisse à la » femme le droit de disposer à titre onéreux ; qu'elle lui » enlève uniquement le droit de disposer de ses biens à » titre gratuit, faculté qui ne rentre en aucune façon dans » l'emploi de la dot, et ne met aucun obstacle à sa desti- » nation pendant le mariage. » (Arrêt précité de la cour de Grenoble.)

Franchement de semblables assertions aussi inexactes ne font pas beaucoup avancer la thèse et exercent sur l'esprit bien peu de séduction. La femme mariée, loin d'être capable en principe, est rangée parmi les incapables ; pour elle, la capacité, loin d'être la règle, est l'exception. Son incapacité est encore augmentée, quand elle est mariée

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 250-254 ; Bonnet, t. II, p. 331, 332 ; Rodière et Pont, *du Contr. de mar.*, t. II, p. 491.

sous le régime dotal; alors elle ne peut pas disposer de ses biens dotaux, quand même elle serait autorisée par son mari ou par justice. Cette prohibition d'aliéner forme la règle, le droit d'aliéner les biens dotaux est une exception. Il faut donc renverser la formule que l'on nous oppose : la femme est incapable d'aliéner ses biens dotaux, elle ne peut le faire que dans les cas prévus par la loi, et l'on doit interpréter avec rigueur ces exceptions.

Puisque « *l'institution contractuelle enlève à la femme le droit de disposer à titre gratuit,* » elle diminue la propriété dotale, elle emporte l'aliénation de cet attribut de tout propriétaire, à savoir : le droit de disposer de sa chose à titre gratuit. Or l'art. 1554 décide formellement que l'on ne peut aliéner pendant le mariage aucun attribut de la propriété.

L'autre opinion semble considérer comme étant bien peu de chose le droit de disposer à titre gratuit. C'est cependant une des plus importantes prérogatives du droit de propriété ; nous ajoutons qu'il importe beaucoup de la conserver à la femme dotale.

On dit que la faculté de disposer à titre gratuit « ne rentre pas dans l'emploi de la dot et ne crée aucun obstacle à sa destination pendant le mariage. » C'est complètement faux.

La dot est aussi destinée à établir les enfants, art. 1555-1556; elle n'est pas seulement établie pour permettre leur nourriture et leur entretien. La destination de la dot sera certainement intervertie par une telle disposition, puisque la femme, après avoir disposé de ses biens dotaux au profit d'un étranger par voie d'institution contractuelle, ne pourra plus les donner à ses enfants, même pour leur établissement. Le texte même de la loi, l'art. 1555, considère comme une des destinations de la dot l'établissement

des enfants, puisqu'il nous dit que la femme peut, avec l'autorisation de son mari ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur. Mais quand la femme aura disposé de ses biens dotaux par institution contractuelle, elle ne pourra plus établir les enfants qu'elle aurait d'un précédent mariage; ce qui démontre clairement que, par cette institution, elle a aliéné un droit essentiel de propriété, un droit que la loi garantit à la femme en lui permettant de doter ses enfants, même malgré le mari.

On objecte que la femme dotale peut *tester* de ses biens dotaux. C'est incontestable, mais le testament n'est pas la donation de biens à venir; l'un est révocable, l'autre au contraire ne l'est pas, là est la question.

« Cette doctrine, dit M. Demolombe, est encore contraire, sous un autre rapport, à la pensée essentielle du régime dotal, dont le but est de protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale; que penserait-on d'une institution contractuelle qu'une femme dotale aurait consentie de ses biens dotaux, au profit d'un parent de son mari; et cela, au détriment peut-être d'un enfant qu'elle aurait eu du mariage en faveur duquel la constitution de dot avait été faite! »

Les prémisses fausses de l'autre solution amènent à des conséquences également fausses. Comme on prétend qu'aucun article du Code ne refuse formellement à la femme la faculté de disposer de ses biens dotaux par une institution contractuelle, on prétend qu'elle jouit de ce droit. Il faut dire, au contraire, que la loi défend à la femme d'aliéner ses biens dotaux; or, l'institution contractuelle est une aliénation partielle, donc la femme dotale ne peut donner ses biens par institution contractuelle, à

moins qu'une disposition formelle ne fasse exception à la prohibition de l'art. 1554.

Pourquoi le Code défend-il d'aliéner les biens dotaux ? On répond que la dot est apportée au mari pour subvenir aux charges du mariage, et que la prohibition d'en disposer n'a d'autre motif que d'assurer cette destination ; or, le mari n'est pas privé de la jouissance des biens dotaux par l'institution contractuelle ; dès lors la prohibition d'aliéner ne s'applique pas à la donation de biens à venir. Tout cela n'est pas juste. La loi n'a pas entendu assurer la jouissance des biens au mari en les déclarant inaliénables, elle a voulu sauvegarder les femmes contre leur faiblesse et leur subordination ; on peut en effet redouter que la femme n'aliène ses propres sous la domination d'une contrainte morale que le mari exerce sur elle ; en prohibant l'aliénation des biens dotaux, on la protège contre cet abus de l'autorité maritale. Puisque la loi veut que la femme conserve sa propriété entière, elle devait donc lui défendre de l'aliéner partiellement, en se dépouillant du droit d'en disposer à titre gratuit.

§ 3. — Qui peut faire une institution contractuelle ?

Quelle était la capacité requise dans notre ancienne jurisprudence pour instituer contractuellement ?

Que l'on fût étranger aux futurs époux, ou qu'on leur fût uni par les liens du sang, cela importait peu ; mais naturellement, il fallait avoir la libre disposition de ses biens pour pouvoir faire valablement cette institution.

La convention de succéder faite par un époux en faveur de l'autre par contrat de mariage, était considérée par Coquille et Boucheul comme pleinement efficace ; et cela,

non seulement lorsque les époux se promettaient réciproquement leur succession en cas de survie, mais encore lorsqu'une semblable promesse n'était faite qu'au profit d'un seul des conjoints. Cette doctrine, désapprouvée de Dumoulin, était cependant consacrée par un usage général ; partout instituer contractuellement était permis aux époux.

Un futur époux pouvait, en son contrat de mariage, instituer contractuellement ses enfants à naître.

L'institution contractuelle tenait de la donation entre vifs et de la donation à cause de mort ; c'était un contrat mixte, une convention amphibie ; aussi, lorsque l'on avait affaire à des personnes capables de tester, mais dénuées de la capacité de donner entre vifs, il s'élevait plus d'une difficulté pour décider si, oui ou non, elles pouvaient user valablement de ce mode de disposer.

Cette question agitée dans notre ancienne jurisprudence, nous aurons aussi à l'élucider sous l'empire du droit moderne.

L'âge requis pour tester et l'âge fixé pour disposer entre vifs étaient différents dans le plus grand nombre des coutumes. Les effets juridiques du testament étaient de moindre importance que ceux de la donation, le testament n'entraînant pas un dépouillement actuel et irrévocable ; aussi pouvait-on faire un testament avant de pouvoir faire une donation. Fallait-il, pour instituer contractuellement, avoir la capacité nécessaire pour le testament ou celle exigée pour la donation entre vifs ?

On décidait avec raison qu'il était indispensable de jouir de la capacité de tester et de celle de disposer entre vifs. S'il est vrai que, suivant le système de quelques coutumes, l'instituant de son vivant ne se dépouillait de rien, conservait l'administration et la disposition de ses

biens, et n'assurait à l'institué que le titre d'héritier, il était non moins vrai que l'institution contenait l'aliénation si importante de la faculté de se choisir un héritier. Dès lors, c'était conforme à la logique d'exiger de la part de l'instituant la capacité imposée à celui qui veut faire une donation entre vifs.

C'est l'article 1082 qui, sous l'empire du Code, détermine les personnes à qui il est permis de faire une institution contractuelle. Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux et même les étrangers peuvent instituer contractuellement. Nous retrouvons dans l'article 1082 l'énumération de l'ordonnance de 1731 (art. 10). Cela signifie purement et simplement que toute personne qui peut faire aux époux ou à l'un d'eux une donation entre vifs ordinaire peut aussi disposer en leur faveur par voie de donation de biens à venir; ainsi nous ramenons à une formule synthétique l'idée de l'article 1082, et nous allons avoir à examiner si cette manière de dire est exacte et juridique. Furgole faisait observer avec raison que la faveur des donations faites par contrat de mariage ne tenait pas à la qualité des disposants; c'était la nature du contrat que l'on voyait avec complaisance, quels que fussent les donateurs; de nos jours encore, on ne saurait mieux dire; la loi réserve sa sollicitude seulement pour les personnes qui sont gratifiées; l'encouragement au mariage, voilà ce qui la préoccupe.

La capacité imposée pour disposer à titre gratuit est différente, suivant qu'il s'agit de tester ou de donner entre vifs; ce sont deux capacités distinctes, spéciales, qui ont entre elles plus d'une dissemblance, et qu'il faut bien se garder de confondre.

Il y a des personnes qui, bien que capables de faire un

testament valable, sont au contraire dépourvues de la capacité de donner entre vifs.

Ainsi :

1° Le mineur âgé de plus de seize ans (art. 903, 904) ;

2° La femme mariée ne peut, sans l'autorisation de son mari, faire une donation entre vifs ; mais elle peut tester sans aucune autorisation (art. 226, 905) ;

3° Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire peuvent tester sans l'assistance de leur conseil ; au contraire, pour donner entre vifs, cette assistance est requise .., etc.

Les institutions contractuelles étant des dispositions à titre gratuit, quelle capacité faut-il demander à l'instituant, celle du donateur ou celle du testateur ?

La donation de biens à venir, empruntant tout à la fois les principes si opposés du testament et de la donation entre vifs, on peut éprouver des doutes pour se prononcer ; il s'agit d'un genre de disposition équivoque et mixte, voilà ce qui fait naître la difficulté.

Tantôt l'on doit faire prévaloir le caractère de la donation entre vifs, tantôt l'on doit au contraire faire prédominer celui du testament, selon les différentes applications dont est susceptible l'institution contractuelle.

Sous le rapport des biens qu'elle peut avoir pour objet, nous avons cru plus haut devoir décider que la donation de biens à venir doit être assimilée au testament ; mais, dans la question que nous nous efforçons de résoudre, nous admettrons sans hésiter qu'il faut, sous le rapport de la capacité des personnes qui peuvent la consentir, l'assimiler à la donation entre vifs.

En un mot, pour instituer contractuellement avec validité, il faut jouir de la capacité de donner entre vifs,

Ce genre de disposition étant qualifié du nom de donation dans tous les textes (1082, 1083, 1089), la logique nous impose cette conséquence, que l'on doit interdire l'institution contractuelle aux personnes auxquelles la loi permet seulement de disposer par testament (art. 904, par exemple).

La raison approuve pleinement cette décision qui découle du texte.

Celui qui fait un testament ne dépouille que ses héritiers ; lui-même, il ne se dépouille pas, et il peut toujours révoquer ses dispositions ; aussi, la loi se contente d'une capacité moindre que pour donner entre vifs. Au contraire, celui qui fait une donation aliène actuellement et irrévocablement, il se dépouille lui-même sans aucune compensation ; il faut pour cela la pleine capacité. L'article 1083, qui déclare l'institution contractuelle irrévocable à certains égards, nous démontre que, sous ce rapport, ce genre de disposition se rapproche de la donation plus que du testament (1) ; donc il faut que l'instituant ait la capacité exigée pour donner entre vifs ; et cela surtout, puisque de son vivant, il aliène la faculté de disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution.

Lorsqu'il s'agit du mineur âgé de seize ans, l'application de cette théorie ne souffre aucune difficulté ; la loi lui permet de disposer de ses biens par testament jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont le majeur peut disposer ; et on lit dans l'article 905 : « Le mineur ne pourra disposer que par testament. » La question est décidée dans ces expressions restrictives de la loi, puisque notre institution n'est pas un testament.

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 253 *bis*, I ; Aubry et Rau, t. VI, p. 252, note 14.

Il est tout aussi incontestable que la femme mariée ne peut faire d'institution contractuelle sans autorisation de son mari ou de justice, l'article 217 la déclarant incapable de *donner* et d'*aliéner*. Nous le savons déjà, l'institution contractuelle emporte une aliénation partielle du droit de propriété, c'est une donation. L'article 905 reproduit la disposition de l'article 217 en déclarant que la femme ne peut donner entre vifs; et quant au droit de disposer, notre institution est assimilée à la donation entre vifs.

On est étonné de trouver sous la plume d'un ancien interprète, Grenier, que la femme peut faire sans aucune autorisation une institution contractuelle, parce que l'article 905 lui permet de disposer par testament sans consentement de son mari et sans autorisation de justice. Il nous semble inutile de réfuter une erreur aussi manifeste.

Les personnes placées sous conseil pour faiblesse d'esprit ou de prodigalité ne pouvant aliéner sans l'assistance de leur conseil, ne sont donc pas admises à faire une institution contractuelle sans cette assistance.

Il ne peut être question d'institutions contractuelles faites par un interdit. Mais doit-on appliquer l'article 504 aux donations de biens à venir faites par une personne que l'on prétend avoir été en état de démence, alors que son interdiction n'a pas été provoquée et que la preuve de la démence ne résulte pas de l'acte même? L'art. 504 ne reçoit pas d'application aux donations et testaments, selon la doctrine aujourd'hui universellement suivie; on peut, en prouvant que le disposant n'était pas sain d'esprit, les attaquer, en vertu de l'article 901. « L'institution

Il ne sera pas nécessaire que l'instituant ait la capacité de disposer au jour du décès, c'est-à-dire, au moment où l'institution doit produire son effet. Ce principe de droit est favorable à la validité de l'institution.

» contractuelle est-elle régie par l'article 901 ou par l'article 504 ? Il a été jugé qu'on doit l'assimiler aux donations ; cela n'est pas douteux, dit M. Laurent ; l'institution contractuelle est toujours une libéralité, qu'on la considère comme donation ou comme testament ; donc l'article 901 est applicable. »

§ 4. — Au profit de qui l'institution contractuelle peut-elle être faite ?

Si toute personne capable de donner entre vifs peut faire une donation de biens à venir, les personnes au profit desquelles elle peut être faite, sont au contraire bien peu nombreuses ; la loi en a limitativement restreint le cercle, elle les a énumérées avec beaucoup de précision.

Puisque notre institution est une dérogation au droit commun, elle ne peut être faite qu'au profit de ceux dans l'intérêt desquels la loi l'a expressément autorisée ; or, d'après l'article 1082, cette institution peut être faite, tant au profit des époux qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. La raison, d'accord avec les principes, nous confirme dans cette idée qu'il faut entendre cette disposition dans un sens restrictif ; le législateur ne la permettant que pour favoriser le mariage, elle n'est favorable à une union légitime que si elle profite aux futurs époux et aux enfants auxquels ils donneront le jour. Les futurs époux, les enfants à naître de leur mariage, telles sont les seules personnes qui puissent valablement être instituées contractuellement.

La loi nous dit au profit des époux, c'est-à-dire soit au

profit des deux époux séparément ou conjointement, soit au profit de l'un d'eux isolément.

Rien n'est plus simple au donateur que de faire donner en ces dispositions satisfaction à ses désirs ; qu'il s'explique clairement, sa volonté sera la loi pour l'exécution de l'institution. Quelquefois les expressions employées dans le contrat de mariage peuvent prêter à l'équivoque et susciter plus d'un embarras dans l'interprétation.

Par exemple, le donateur a déclaré donner aux époux ses biens à venir ; et rien dans le contrat de mariage ne vient éclairer le sens de cette formule un peu laconique.

La donation, dans le cas pratique que nous supposons, profitera-t-elle à chacun des deux époux pour moitié, ou est-elle censée faite pour le tout à l'un d'eux ? En d'autres termes, lorsque l'on dit simplement : *aux époux*, est-ce à tous les deux collectivement ou est-ce seulement à l'un d'eux ?

Notre ancienne jurisprudence proposait cette distinction (1) : Si le donateur était un étranger, on admettait purement et simplement qu'il avait voulu instituer les deux époux par égales portions. Mais, au contraire, si le donateur était un parent de l'un des époux, on attribuait le profit de l'institution exclusivement à cet époux, en considération duquel elle était présumée avoir été faite. On allait même plus loin. Quand un parent, à la succession duquel la *future épouse* devait être appelée, déclarait instituer le *futur époux*, on décidait que ce futur époux n'avait été institué qu'en considération de la future et en son nom, et que c'était la future qui devait être considérée comme la véritable instituée.

(1) Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. VI, sect. II, nos 9-10. Art. 333, Cout. d'Anjou. Cambolas, liv. VI, chap. XXIII, arrêt de juin, 1631.

Dans un arrêt ancien, rendu quelques années après la promulgation du Code, la cour de Bruxelles s'efforçait de ranimer ces errements de notre ancien droit (1); la cour semblait oublier que ces présomptions d'interprétation de notre ancien droit sont formellement abolies par la loi nouvelle. Sous l'empire de notre législation moderne qui n'admet que des présomptions établies par la loi, ces présomptions coutumières n'ont plus aucune force; sous l'empire du Code, il n'y a pas de texte, donc il n'y a pas de présomption et, par suite, la question doit se décider, comme nous allons le faire, d'après les principes généraux.

La vérité est que, lorsqu'un droit divisible est donné à deux personnes, il se divise entre elles, chacune n'en a que la moitié (2); par conséquent, on doit diviser entre les deux époux la donation de biens à venir; c'est au profit de l'un et de l'autre époux que l'institution contractuelle a été faite.

L'institution contractuelle peut être faite, d'après l'article 1082, au profit des époux et des enfants à naître du mariage; mais la loi ne nous dit pas que le donateur puisse instituer les enfants à naître, en frappant les époux d'exclusion. Par *enfants à naître du mariage*, la loi entend les enfants à naître du mariage en considération duquel la donation est faite.

Suivant le droit commun, pour recevoir par acte entre vifs, il faut être au moins conçu au moment de la donation. En cas de donation de biens à venir, la règle est toute différente; en effet, le Code permet de la faire au profit des enfants à naître du mariage, c'est-à-dire au profit de personnes qui ne sont pas conçues au moment de la dona-

(1) Bruxelles, 9 juin 1810. (Dalloz, n° 2253.)

(2) Coin-Delisle, p. 561, n° 26, de l'art. 1082, et tous les auteurs.

tion. Mais, comme en toute autre exception, celle-ci doit être restreinte dans les limites fixées par les textes. En cette matière exceptionnelle, il faut se montrer strict et rigoureux dans l'interprétation, et décider que ce que la loi ne permet pas est par cela même prohibé, si les principes généraux s'y opposent. L'art. 902 prohibe les donations en faveur d'un enfant à naître ; si la loi le permet dans l'institution contractuelle, c'est sous la condition qu'elle détermine, et cette condition est que l'institution se fasse au profit des époux et des enfants. Rien n'est plus conforme aux principes du droit et au bon sens : c'est pour favoriser le mariage que l'on fait cette gratification ; où serait dès lors l'encouragement véritable si les principaux intéressés, les futurs époux, n'en tiraient pas profit ?

Si, à l'exclusion des époux, l'institution était faite au profit seulement des enfants à naître, elle serait inexistante, frappée d'une nullité absolue et radicale (1) ; les enfants non conçus ne pouvant être gratifiés, nous aurions en effet affaire à une donation sans donataire ; les principes ne sauraient permettre qu'une donation soit faite, *omisso medio, per saltum*, exclusivement à des enfants qui ne sont pas conçus. La nullité résulte en outre avec une entière évidence du texte de l'art. 1082, qui autorise seulement à donner les biens à venir *tant aux époux qu'aux enfants*. En d'autres termes, les enfants à naître du mariage ne peuvent être institués qu'au second degré, comme substitués vulgairement à leur père ou à leur mère donataire direct. Ainsi serait nulle la donation faite en ces termes : Tous les biens que je laisserai à mon décès, je les donne aux enfants à naître du mariage de...

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 258, note 30, 739.

Non seulement la loi permet au donateur de comprendre dans sa donation les enfants à naître du mariage, elle fait plus encore ; lors même que l'instituant ne s'en serait pas expliqué, elle présume de plein droit qu'il les y a compris.

De là naît cette question délicate dans sa solution : sur quel fondement les enfants de l'institué prédécédé sont-ils appelés à la succession de l'instituant ?

Il nous semble intéressant de faire appel à ce sujet aux idées de nos anciens auteurs ; que décidait sur la question notre ancienne jurisprudence ? Peut-être découvrirons-nous dans la tradition un *criterium* juridique encore applicable sous le Code et qui satisfera pleinement l'esprit ?

« Les enfants de l'héritier contractuel prédécédé, nous » dit Lebrun, sont appelés sur le fondement de la volonté » présumée de l'instituant, lequel est réputé avoir voulu » pourvoir aux intérêts des enfants à naître, aussi bien qu'à » ceux des futurs époux. » Ricard exprime le même sentiment en ces termes : « Il est à présumer qu'on a aussi » bien considéré le fruit qui devait provenir du mariage » que les personnes qui contractent. Et même les enfants » sont la seule cause de la faveur, le mariage n'étant pri- » vilégié qu'autant qu'il est considéré comme l'unique » moyen de perpétuer les républiques et de fortifier les » Etats, ce qui ne s'accomplit que par la production des » enfants. » Cette idée de Ricard, malgré le langage un peu naïf des derniers mots de la citation, est des plus justes et inspirée par le bon sens ; nous retrouvons dans l'art. 1082 les mêmes présomptions rendues dans un style plus serré ; mais notre question n'est pas pleinement résolue ; aussi nous voyons-nous obligés de faire appel à une troisième citation d'un auteur ; et comme nous allons enfin découvrir le secret de la question, nous ne croyons ni

fastidieux ni déplacé de rapporter ce qu'ont écrit là-dessus nos jurisconsultes coutumiers.

Voici dans son intégralité l'ancienne doctrine qu'Auroux des Pommiers va nous expliquer parfaitement sur l'art. 219 de la coutume d'Auvergne :

« Car, dit ce jurisconsulte, entrant dans l'intention de
» celui qui a fait une institution contractuelle, on trouvera
» que son dessein n'est pas seulement d'avantager le conjoint qu'il institue, mais encore ses enfants et de les préférer à tous ses parents, et que l'autre conjoint, qui s'est marié en considération de cet avantage, a compté qu'en tout cas ses enfants en profiteraient; ce qui fait qu'on regarde les enfants comme substitués et qu'on a établi parmi nous que toute institution contractuelle comprendrait une substitution tacite et vulgaire au profit des enfants de l'institué. »

Une substitution vulgaire tacite, tel est, en effet, le vrai caractère de la vocation des enfants à naître, sous l'empire du droit coutumier comme sous le Code civil.

Mais ce n'est pas tout de dévoiler la difficulté, de la résoudre en faisant appel à la méthode d'autorité; les interprètes de la loi moderne se rallient à cette manière de voir, mais il nous faut démontrer non seulement par ce que les autres ont pu dire, mais surtout avec la raison et les principes.

On pourrait croire que les enfants, lorsque le donataire est mort avant le donateur, viennent recueillir le bénéfice de l'institution par transmission. Le droit des enfants étant subordonné au décès de leur auteur, il semble que cette vocation à l'institution contractuelle trouve son explication la plus simple dans cette idée de transmission, et Coquille nous dit, malgré l'opinion contraire des autres jurisconsultes coutumiers : « Ces institutions d'héritier en faveur

» des mariés étant conventionnelles, l'espérance de succéder est *transmise* aux enfants du même mariage. » (Sur la coutume du Nivernais, art. 12, des Donations.) Mais l'article 1089 réfute cette fausse doctrine; l'époux donataire étant prédécédé au donateur, n'a jamais eu de droit et ne peut, par conséquent, en transmettre. Comment en effet pourrait-il transmettre à ses enfants, puisqu'il n'a rien recueilli? Encore une fois, l'époux donataire mourant avant le donateur, son prédécès rend quant à lui la donation caduque.

Mais, ne serait-ce pas par représentation, puisque ces enfants ne sont appelés que grâce au prédécès de leur auteur?

Nullement; nous écartons absolument cette prétendue représentation en cette matière. Le droit de recueillir une succession par représentation est un droit exceptionnel que la loi n'admet qu'en faveur des héritiers *ab intestat*; les héritiers testamentaires et contractuels n'en jouissent jamais. Il découle de là que les enfants institués héritiers peuvent venir à la succession de l'instituant, tout en renonçant à la succession de leur père (1).

Le disposant ayant compris dans l'institution les enfants qui naîtront du mariage, ceux-ci profitent de la libéralité en qualité d'héritiers contractuels, de leur chef.

Les enfants institués étant héritiers par contrat, leur droit est irrévocable aussi bien que celui de l'époux donataire; c'est pourquoi l'instituant ne peut pas faire à l'institué donation des biens compris dans l'institution, pas plus que l'institué ne peut donner les biens compris dans l'institution à l'instituant. Si l'institué prédécède, il n'a aucun droit, et il ne peut, par conséquent, pas dis-

(1) Coin-Delisle, p. 564, nos 40 et 41 de l'art. 1082.

poser des biens donnés, au préjudice des enfants institués au même titre que lui. Ces biens étant irrévocablement donnés aux enfants, l'instituant ne peut pas leur enlever le titre d'héritier, et l'époux donataire n'a aucun droit s'il prédécède au donateur.

Il faut donc s'incliner devant cette conclusion que les enfants à naître du mariage sont personnellement donataires, en vertu d'une substitution vulgaire, soit expresse, quand le donateur s'en est formellement expliqué, soit tacite, quand il n'a rien dit; en d'autres termes, lorsque le donateur a institué seulement les époux ou l'un d'eux en gardant le silence au sujet des enfants, il résulte du texte de l'article 1082 et des principes, que les enfants sont substitués vulgairement aux parents qui viendraient à faire défaut, parce qu'ils sont morts avant le donateur. Cette analyse de la vocation des enfants à l'institution contractuelle vient encore nous montrer une dérogation au principe essentiel consacré par l'article 906, que le donataire doit être conçu au moment de la donation (1).

Les choses ainsi expliquées, il en résulte donc avec évidence que l'instituant est lié envers les enfants à naître, tout autant qu'envers l'époux lui-même; car ils sont institués comme l'époux; et, par conséquent, il ne sera pas possible à l'instituant, même d'accord avec l'institué, d'anéantir le droit éventuel des enfants. La substitution vulgaire tacite en faveur des enfants à naître étant supposée par la loi dans le silence de l'institué, ces enfants viennent donc *jure suo* à la succession de l'instituant. Ils sont censés tenir les biens donnés non de l'époux institué, mais directement de la main de l'instituant.

(1) Troplong, t. IV, n° 2337; Merlin, Répert., v° *Institut. cont.*, sect. XIII, n° 5, 6; Demolombe, n° 287, t. XXIII.

Aussi, lorsque l'institué contractuellement a nommé un de ses fils son légataire universel, celui-ci n'est pas seul à profiter de l'institution ; le testateur n'ayant pas pu comprendre dans sa disposition testamentaire ce qu'il n'aurait pu transmettre *ab intestat* à des héritiers collatéraux, tous les enfants ensemble doivent profiter de cette institution.

Nous l'avons dit, la substitution vulgaire des enfants à naître du mariage étant fondée sur l'interprétation de la volonté de l'instituant, il est de toute évidence que les enfants issus du mariage de l'institué n'ont aucun droit à la succession de l'instituant après le prédécès de l'institué, si l'institution contractuelle a été formellement restreinte à la personne des futurs époux.

Il faut bien se garder de confondre la substitution vulgaire et la substitution fidéicommissaire des enfants à naître ; il nous semble intéressant et utile de les mettre en parallèle, afin de dégager les traits de dissemblance qui les caractérisent et permettent de les distinguer. La substitution vulgaire est caduque lorsque l'époux institué survit à l'instituant, tandis que la substitution fidéicommissaire ne peut recevoir son effet que si l'instituant meurt avant l'époux institué. Les enfants à naître *substitués vulgaires* n'ont rien à prétendre, si le donataire survit au donateur et accepte sa succession, parce qu'alors, en effet, la condition sous laquelle ils étaient institués se trouve défaillie. Ils n'ont donc aucun droit sur les choses que recueille le donataire : le gratifié peut en disposer comme il l'entend, dans les limites de sa quotité disponible, et, s'il les conserve, ils n'en profitent que sous la condition d'accepter sa succession. Au contraire, si on les suppose substitués *fidéicommissaires*, le donataire, s'il survit au donateur, acquiert, il est vrai, comme dans la précédente

hypothèse, les biens donnés ; mais il est alors obligé de les conserver jusqu'à son décès et de les rendre à cette époque à ses enfants, qui les acquièrent soit qu'ils acceptent sa succession, soit qu'ils la répudient.

L'opinion presque universelle de la doctrine, que les enfants doivent être considérés comme substitués vulgairement, est également consacrée par la jurisprudence (1) ; toutefois il ne faut pas pousser par trop loin cette idée de substitution vulgaire, et l'on doit lui assigner dans ce cas des limites moins larges qu'à la substitution ordinaire. La substitution ordinaire a lieu toutes les fois que l'institué ne vient pas ; au contraire, l'article 1082 n'appelle les enfants qu'autant que le donateur survit au donataire ; si le donataire renonçait, ce fait ne donnerait pas ouverture à la substitution au profit des enfants. Si, en cas de silence du disposant, l'on présume cette substitution, c'est parce qu'il veut aider la constitution d'une nouvelle famille, et que tous ceux qui en font partie doivent en profiter. Afin de respecter le principe d'égalité, il va sans dire que si le disposant ne veut pas de cette substitution des enfants, il doit l'écarter pour tous ; et les termes de l'article 1082 démontrent cette solution. Si parmi les enfants issus du mariage, l'un était prédécédé laissant lui-même des enfants, il faudrait même étendre par analogie le principe de la représentation.

Les enfants déjà nés qui seraient légitimés par le mariage en faveur duquel la donation serait faite (arg. de l'article 333), doivent certainement être compris sous cette dénomination d'*enfants à naître du mariage* ; il faut en dire de même des petits-enfants et plus généralement de la postérité issue de ce mariage (arg. de l'article 1089).

(1) Metz, 7 juillet 1824. (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2026)

Notre texte employant l'expression : *de la postérité*, il en faut tirer cette déduction, que l'enfant adoptif du donataire ne doit pas être compris dans cette substitution; il est en effet peu vraisemblable que le donateur ait eu la volonté d'instituer contractuellement un enfant qui n'est qu'adoptif (1).

Nous l'avons déjà dit, la loi veut que l'on appelle tous les enfants, elle repousse absolument toute inégalité; ils arrivent donc tous à titre égal et sans aucune distinction, comme ils viennent à la succession *ab intestat*. Dans les substitutions fidéicommissaires permises, c'est la même règle qui domine; la loi ne permet pas de faire une distinction entre les enfants à raison de leur sexe ou de la primogéniture; tous sont mis sur la même ligne. Aussi le donateur ne pourrait pas non plus donner par institution contractuelle seulement à quelques-uns des enfants à naître, en excluant les autres (arg. de l'article 1050); il lui est défendu, même en les comprenant tous dans sa donation, de leur assigner des parts inégales.

« Rien n'empêche, disent MM. Aubry et Rau, que l'instituant se réserve, pour le cas du prédécès de l'institué, la faculté de distribuer inégalement, entre les enfants de ce dernier, l'objet de l'institution, et même celle de l'attribuer exclusivement à quelques-uns d'entre eux (2). »

C'est résoudre dans le sens de l'affirmative la question de savoir si le donateur pourrait se réserver, en cas de prédécès de l'institué, le pouvoir de distribuer inégalement entre les enfants du donataire, les biens compris dans l'institution ou de les attribuer exclusivement à quelques-uns. Nous n'hésitons pas à accepter cette décision, mais

(1) Troplong, t. IV, n° 2490; Demolombe, n° 292, t. XXIII.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 257, note 28, p. 739.

il importe d'en préciser le sens. Ces deux éminents auteurs ajoutent, en effet, que cette double réserve que fait l'instituant, a uniquement pour objet de restreindre aux époux institués le bénéfice de l'institution à l'exclusion de leurs enfants. Cela nous semble d'une parfaite exactitude. L'hypothèse de MM. Aubry et Rau est en effet toute différente de celle que nous venons de supposer; l'opération de l'instituant soigneusement analysée, nous n'y trouvons pas une *disposition actuelle*, par laquelle seraient institués quelques-uns seulement des enfants à naître, ou qui répartirait inégalement entre eux le bénéfice de l'institution. Il y a purement et simplement une réserve de la faculté de disposer ainsi, plus tard, quand les enfants seront nés. Dès lors cette réserve ne constitue pas une extension illégale de la faculté de disposer au profit des enfants à naître; et à examiner le fond des choses, l'inutilité absolue de cette réserve éclate avec évidence (1). En d'autres termes, le donateur ne peut pas d'avance, dans l'acte de donation, déroger à la loi de l'égalité, ce serait un pacte successoire en dehors des cas où la loi l'admet par exception; mais rien ne prohibe de limiter le profit de l'institution aux époux, en se réservant de disposer des biens, au cas où les époux donataires viendraient à prédécéder. La clause est d'une absolue validité si on lui donne ce sens; mais, comme nous l'avons dit, elle est inutile; le prédécès des époux rendant l'institution non avenue, le donateur recouvre un droit absolu de propriété, et peut de nouveau disposer de ses biens suivant son bon plaisir.

Nous l'avons dit plus haut, le donateur ne pourrait pas donner seulement à quelques-uns des enfants à naître,

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. III, n° 1900; Laurent, n° 204, t. XV.

en excluant les autres, pas plus qu'il ne pourrait, même en les comprenant tous dans sa donation, leur assigner des parts inégales.

Si le donateur s'était cependant permis une semblable disposition, quel serait le sort de cette institution irrégulière ?

Quelques-uns des enfants ont été omis par l'instituant, faudra-t-il repousser même ceux qui sont appelés ; ou, au contraire, appeler même ceux qu'il a exclus ? Des parts inégales ont été établies, faudra-t-il déclarer tous les enfants déchus de la libéralité, ou, au contraire, les appeler tous avec des parts égales ? Il faut dans ces deux cas adopter le dernier parti. La substitution vulgaire des enfants à naître, telle que l'a faite le donateur, est illégale et non avenue ; dès lors l'article 1082, c'est-à-dire le droit commun, reprenant son empire, on a purement et simplement une substitution vulgaire tacite au profit de tous les enfants par égales parts. Le donateur n'ayant pas frappé d'exclusion tous les enfants, on irait contre sa volonté en n'appliquant pas l'article 1082, car on déclarerait précisément tous ces enfants déchus de la libéralité, ceux qui ont été appelés formellement, comme ceux qui ne l'ont pas été (1).

Est-il permis au donateur de priver les enfants du bénéfice de l'institution contractuelle ? Oui, cela ne fait aucun doute, aussi la plupart des auteurs n'hésitent pas à accorder au donateur une possibilité aussi naturelle et aussi incontestable.

La loi, dans l'article 1082, ne dit pas que les enfants doivent nécessairement être compris dans l'institution ; elle se contente de présumer la substitution des enfants,

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 258 ; Demolombe, n° 291, t. XXIII.

lorsque le donateur n'a pas parlé d'eux; ce n'est jamais qu'une simple présomption de volonté susceptible après tout d'être détruite par la manifestation de la part du donateur d'une volonté contraire.

Comme tout donateur, l'instituant est libre de gratifier qui bon lui semble, il peut restreindre aux seuls époux le bénéfice de sa donation. Nous l'avons dit, l'art. 1082 contient une présomption légale; or, quand la loi ne fait que présumer la volonté des parties, elle leur donne par cela même toute latitude d'exprimer une volonté contraire. Appeler les enfants à naître, c'est, par une dérogation permise, aller contre les principes généraux; au contraire, restreindre aux seuls époux la disposition, c'est revenir au droit commun. Les époux étant les principaux intéressés à la libéralité, la donation, quoique ne s'adressant pas aux enfants, n'en sera pas moins un stimulant au mariage.

Cependant Coin-Delisle et M. de Fréminville s'élèvent contre cette opinion généralement reçue, tout en reconnaissant avec nous qu'elle est fondée sur l'interprétation littérale de la loi (1). Nous prenons note de cet aveu qui réfute l'opinion divergente de ces deux interprètes. Coin-Delisle prétend que notre traduction de l'art. 1082 est minutieuse; nous n'hésitons du reste pas à le reconnaître avec lui; le jurisconsulte doit en effet se montrer strict, minutieux, s'attacher religieusement au texte dans une matière toute d'exception et qui va à l'encontre des principes généraux qui dominent le droit. C'est le cas d'opposer à cette doctrine qui nous semble erronée cette maxime de l'école : « *Exceptiones strictissimæ sunt interpretatio-nis.* » Pour se défendre, on a recours à une argumen-

(1) Coin-Delisle, art. 1082, nos 29-35; de Fréminville, sur Grenier, t. III, n° 415, note a.

tation de sentiment; Coin-Delisle accuse d'égoïsme les époux donataires qui consentent à l'exclusion de leurs enfants; ce prétendu égoïsme que l'on incrimine n'a rien à faire ici, on semble oublier que ce n'est pas le donataire qui fait la loi, mais le donateur qui est maître absolu de disposer comme il lui semble des biens dont il gratifie.

L'institution contractuelle peut-elle être faite en faveur d'autres personnes que les conjoints et les enfants à naître du mariage? Certainement non. Ces pactes sur succession future que le législateur s'efforce de prohiber comme immoraux, on les permet ici, à cause de la grande sollicitude dont notre Code entoure le mariage; on veut bien affranchir la donation de biens à venir de ce principe d'ordre public de l'art. 1130 : « On ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte, » afin d'obéir à l'idée supérieure de faciliter la formation, le bien-être même d'une nouvelle famille. Aussi l'art. 1082 précise la portée de dérogations aussi exceptionnelles; les époux, les enfants à naître du mariage, telles sont les seules personnes énumérées limitativement par la loi auxquelles on peut faire une semblable libéralité. Hors de ce cercle restreint, les principes reprennent leur empire, et la règle en cette matière, c'est la prohibition rigoureuse de toute convention sur une succession future. La doctrine et la jurisprudence consacrent ces idées; aussi devons-nous nous efforcer de les approfondir et de les examiner dans leur application.

Il nous semble nécessaire, dans un intérêt historique et surtout afin d'élucider certaines difficultés de détail, de résumer notre ancien droit au sujet de cette question, à laquelle nous venons de consacrer plusieurs pages : en faveur de qui peut être faite l'institution contractuelle? Cette recherche dans le passé nous facilitera la solution

de questions qui découlent directement de l'hypothèse que nous venons d'examiner, et nous comprendrons plus aisément certaines doctrines que des auteurs éminents ont soutenues depuis l'application du Code.

Dans la jurisprudence coutumière, la règle générale était que l'institution contractuelle ne pouvait s'adresser qu'aux futurs époux ou aux enfants à naître de leur mariage ; et cela pour les motifs que nous exprimons plus haut en étudiant le droit moderne. Aux futurs époux, l'instituant se proposant de faciliter leur union par une libéralité ; aux enfants à naître, la gratification ayant pour but non seulement le mariage, mais encore la famille qui en doit dériver.

Comme sous le Code l'institution peut être faite aux deux époux simultanément ou, au contraire, être bornée à l'un seulement d'entre eux. Elle peut comprendre tous les enfants, et même, différence essentielle avec notre droit actuel, ne s'adresser qu'à un seul des enfants (1).

Il est vrai, il y a défaut d'acceptation de la part de ces enfants qui n'existent pas encore ; mais Coquille nous dit : « L'espérance de leur naissance est naturelle et conso-
» nante à honneste souhait, qui fait qu'elle est considé-
» rable et chet en commerce et toute disposition. »

Un grand nombre de coutumes, par exemple celle de Bourbonnais (art. 219), celle de Nivernais (art. 12 du titre des Donations), celle d'Auvergne (chap. xiv, art. 26) ont textuellement reconnu tous ces principes.

Si l'on suppose la convenance de succéder faite au contrat de mariage non seulement au profit des mariés ou de leurs enfants à naître, mais encore en faveur d'autres personnes, on peut être curieux de connaître le degré de vali-

(1) *Revue historique de droit français et étranger*, 1860, t. VI, p. 325.

dité d'une telle clause. Commentant l'art. 12 de la coutume de Nivernais, Guy Coquille se pose cette question, et voici ce qu'il répond : « Il est certain qu'à l'égard des » autres qui ne contractent mariage, c'est une simple » donation pour cause de mort, qui de sa nature est révo- » cable et ne peut valoir sinon comme legs testamentaire. » Des jurisconsultes prétendent avec raison que ces idées de Coquille vont à l'encontre des principes juridiques qui régissent les actes de dernière volonté. La donation à cause de mort étant un contrat, de Laurière trouve que l'on ne peut absolument pas considérer comme un contrat une institution d'héritier puisqu'elle émane du seul testateur ; Merlin fait de plus observer que l'institution contractuelle faite au profit d'autres personnes que les mariés ou leurs descendants ne peut valoir comme legs, puisque, d'après les principes coutumiers, les testaments où se trouvent des mélanges d'actes étrangers ne sont pas valables.

Mais souvent, il est vrai, on adjoignait aux institutions contractuelles les substitutions contractuelles ; cela permettait de faire participer au don irrévocable de la succession de l'instituant des personnes autres que les mariés ou leurs descendants. Les substitutions contractuelles pouvaient, en effet, être faites au profit, soit des mariés et de leurs enfants à naître, soit des collatéraux et des étrangers. Lorsque l'instituant substitue un époux à l'autre, ou bien un ou plusieurs descendants au conjoint institué, la substitution contractuelle forme une seconde institution irrévocable comme la première à laquelle elle est attachée. Mais le donateur peut aussi, après avoir institué un futur époux, lui substituer un étranger ; alors cette substitution constitue une charge de l'institution et est valable comme telle ; car c'est dans la volonté du substituant que

la substitution puise sa force, et l'art. 57 de l'ordonnance de Moulins, l'art. 59 de l'ordonnance d'Orléans permettent en général les substitutions contractuelles, sans distinguer si les substitués sont descendants ou étrangers eu égard à l'institué. Il faut avoir soin d'observer, et ce trait caractéristique sera de nouveau relevé lorsqu'un peu plus loin nous étudierons la clause d'association, que la substitution contractuelle faite au profit d'autres personnes que les futurs époux ou leurs enfants à naître, était révocable de la part de l'instituant, du moins antérieurement à l'ordonnance de 1747. Ce caractère d'irrévocabilité, quoi de plus naturel que de le lui refuser, puisqu'elle n'était pas due au désir d'encourager l'union des époux ?

Dans notre ancienne jurisprudence, la substitution contractuelle était fréquente. Même dans les coutumes qui proscrivaient les substitutions testamentaires, c'est-à-dire dans l'Auvergne, le Bourbonnais, la Marche, elle était admise. Ces provinces étaient le domaine par excellence de l'institution contractuelle. Notre institution était d'un puissant secours pour conserver la splendeur des grandes familles et contribuer à leur prospérité ; la substitution contractuelle est un nouveau moyen des plus efficaces pour concourir au même résultat. L'institué étant obligé de conserver jusqu'à sa mort les biens faisant partie de l'institution et de les rendre à cette époque à la personne substituée, c'est-à-dire habituellement à ses enfants, et, parmi ceux-ci, exclusivement à l'aîné ; ainsi était admirablement favorisée la magnificence des grandes races par cette accumulation forcée et habilement préparée de la fortune territoriale.

Mais si l'institué meurt avant l'instituant, qu'arrivera-t-il ? que deviendra l'institution ? passera-t-elle à tous les enfants de l'époux institué ou à ses héritiers quels qu'ils soient ?

L'institution contractuelle, nous le savons, n'étant considérée comme donation entre vifs que quant à son irrévocabilité seulement, notre ancienne jurisprudence avait universellement reconnu que l'héritier institué par contrat de mariage, décédant avant l'instituant, transférait son droit à ses propres enfants et non à toute sorte d'héritiers. Si l'institution contractuelle était une donation entre vifs pure et simple, le donataire institué serait saisi par son acceptation du droit de succéder au donateur instituant; alors l'institué aurait transmis dans sa succession le droit résultant de l'institution, et, par voie de conséquence, cette transmission aurait profité à tous ses héritiers indistinctement, descendants, collatéraux ou étrangers.

« L'instituant, en jetant les fondements de l'établissement de l'institué, a bien voulu pourvoir à la prospérité de la famille directe de celui-ci, mais non à celle de ses collatéraux ou des étrangers. Quand donc l'institué meurt avant l'instituant et sans laisser des enfants, l'institution contractuelle est caduque. Au contraire, quand l'institué prédécédé laisse des enfants, l'institution contractuelle profite à ces derniers. (Coutume de la Marche, art. 194.) Mais remarquons bien que, pour empêcher la caducité, il faut que l'institué laisse des enfants non pas d'un lit quelconque, mais nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite. »

On avait encore trouvé un autre moyen de faire une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les époux ou leurs enfants à naître : c'était la clause d'association.

Mais avant d'approfondir cette clause et l'opinion des auteurs qui ont voulu la faire revivre sous l'empire de notre droit, n'oublions pas que la donation de biens à

venir ne peut être faite au profit d'aucune autre personne que les époux et les enfants à naître du mariage.

Mais, sous l'empire du Code, les enfants nés d'un mariage antérieur ou postérieur du conjoint donataire sont-ils compris dans l'institution? Certainement non; et il en était ainsi dans l'ancien droit, malgré le dissentiment de quelques rares auteurs. Quelques-uns accordaient le bénéfice de la donation aux enfants d'un second mariage, si le premier, en faveur duquel la donation avait été faite, avait été stérile. (Chabrol, sur la cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 17.) Certains auteurs distinguaient : si la donation avait été faite à l'époux donataire par son ascendant, on étendait le bénéfice de la libéralité aux enfants d'un mariage subséquent, pour cette raison que ces enfants, quoique issus d'un autre mariage, étaient les petits-enfants du donateur; au contraire, si la libéralité avait pour auteur tout autre qu'un ascendant, le profit en était refusé aux enfants d'un subséquent mariage. (Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. II, v^o 12.)

Un arrêt déjà ancien de la cour de Bourges (19 déc. 1821) a voulu faire revivre cette thèse sous l'empire de notre droit moderne. « Mais ce n'est pas en faveur du » mariage, dont ils sont issus, répond parfaitement » M. Demolombe, que leur ascendant a fait la donation ; » et il se peut qu'il n'eût pas voulu la faire en faveur de » ce mariage, qui peut-être a désolé son cœur et trompé » ses espérances. »

Pour soutenir que l'institution profite aux enfants du donataire de quelque mariage qu'ils soient issus, on a dû se retrancher derrière le texte de l'article 1089. Lorsque le donateur survit à l'époux donataire et à sa *postérité*, la loi nous dit que l'institution contractuelle devient caduque. Ce terme général de *postérité* a fait croire à Grenier que

ce mot signifiait tous les enfants de l'époux donataire ; mais il a fini par désavouer cette doctrine et apercevoir son erreur. La *postérité*, cela veut dire ici les enfants à naître du mariage de l'époux donataire, car il faut expliquer l'article 1089 par l'article 1082. Puis faisons appel à l'esprit de la loi ; l'idée incontestable qui inspire le législateur doit faire évanouir toute espèce de doute.

C'est en vue d'un mariage qui doit être célébré que le donateur donne sa succession, il n'entend certes pas la donner à un futur mariage, après la dissolution du premier.

Gratifier les enfants d'un premier mariage, cela n'est pas permis à l'instituant pour cette raison de sens commun, que ce ne serait certainement pas favoriser un mariage qui va avoir lieu que gratifier les enfants nés d'un mariage dissous (1).

Les mêmes raisons nous amènent à conclure que les père et mère qui font une institution contractuelle, au profit d'un de leurs enfants qui se marie, ne peuvent pas en faire une par le même contrat au profit d'un autre enfant qui ne se marie point. Par exemple, voilà un père qui en donnant par contrat de mariage à sa fille, qui se marie, la moitié de ses biens à venir, en donne, par le même contrat, la seconde moitié à son fils qui ne se marie pas. Valable au profit de l'enfant qui contracte mariage, la disposition sera nulle au contraire à l'égard de l'autre, et cela ne fait pas de doute. Les donations en faveur des unions légitimes, même lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage, ne jouissent des immunités que la loi leur accorde, qu'autant qu'elles sont faites aux futurs époux

(1) Coin-Delisle, p. 564, n° 36, de l'art. 1082, et tous les auteurs ; Bruxelles, 27 février 1832. (Pasicrisie, 1832, p. 51.)

et aux enfants à naître du mariage. Le donateur a fait deux institutions contractuelles, l'une valable, l'autre nulle, celle-ci ne pouvant produire aucun effet, les biens qui y sont compris restent dans la succession *ab intestat* (1).

Nous l'avons déjà dit, notre ancien droit avait imaginé un procédé commode pour échapper à la rigueur logique des principes que nous venons d'exposer; il s'agit de la clause d'association. « Si un père, dit Auroux des Pom-
» miers, marie son fils aîné, et qu'en le mariant, il l'in-
» stitue son universel héritier, à *la charge d'associer ses*
» *frères et sœurs pour une certaine portion dans l'institution,*
» en ce cas, cette substitution fidéicommissaire vaudra,
» au profit des frères et sœurs, comme une condition de
» l'institution dont elle fait partie; et les frères et sœurs
» prendront leur part et portion de la main de leur frère
» aîné, héritier institué, sans qu'il puisse la leur refuser;
» car l'association étant une charge de l'institution, dont
» elle fait partie, le frère aîné institué est dans la néces-
» sité ou de renoncer à l'institution ou de consentir à
» l'association. » (Sur l'article CCXXIV de la cout. du Bourbonnais.)

On institue donc le futur époux avec charge d'associer, c'est-à-dire de faire participer des tiers, par exemple les frères et sœurs du donataire, au bénéfice de l'institution; voilà en quoi consiste cette clause. Suivant les uns, l'association était une condition de l'institution; suivant les autres, une substitution fidéicommissaire. Le tiers associé ne se mariant pas n'avait pas la capacité pour être directement institué; mais indirectement il profitait de l'institution, en venant réclamer sa part dans la succession de

(1) Limoges, 26 février 1821. (Dalloz, n° 2043.)

l'instituant recueillie par l'institué. Une différence importante entre la clause d'association et l'institution contractuelle proprement dite ne doit pas être omise. Suivant Furgole et Lebrun, la clause d'association pouvait être révoquée par l'instituant, du moins antérieurement à l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, qui rendit irrévocable toute substitution apposée à l'institution contractuelle (1). Au contraire, l'irrévocabilité est le propre de l'institution contractuelle. Cette irrévocabilité est une faveur qui ne peut s'appliquer qu'aux mariés et à leurs enfants ; les tiers associés sont beaucoup moins intéressants.

Sous l'empire du Code, une telle clause serait-elle encore permise ? Merlin n'hésite pas à répondre affirmativement, et il fait surtout reposer son argumentation sur l'article 1121 (2).

Cependant la plupart des auteurs se sont élevés contre la manière de voir de l'illustre jurisconsulte, et avec raison suivant nous.

Les principes ne permettant pas de faire une institution contractuelle au profit d'une autre personne que des époux, cette clause ne serait qu'un prétexte pour échapper à cette règle ; Lebrun convenait qu'elle avait été inventée pour éluder la prohibition de la loi, que ce n'était qu'un expédient ingénieux qui permettait de tourner des conséquences juridiques gênantes.

Ce que la loi défend de faire directement, on ne peut pas le faire indirectement ; or nous avons dans la clause d'association une institution illégale, puisqu'il s'agit d'une institution contractuelle au profit d'un tiers associé.

(1) Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. III, n° 2.

(2) Merlin, *Répert.*, v° *Institut. contract.*, sect. V, n° 9.

C'est un principe de droit public français, une règle essentielle et fondamentale de notre Code qu'il n'y a que deux modes de disposer à titre gratuit : le testament et la donation entre vifs (art. 893, 943). Eh bien, l'institution contractuelle vient déroger à cette importante règle ; comment dès lors se soustraire à cette prohibition du droit public en dehors des exceptions strictement prévues par la loi ?

Cette clause d'association allant à l'encontre du droit public (art. 6) est illicite ; et si elle est illicite, il semble bien difficile, malgré les efforts de Merlin, de la mettre sous la sauvegarde de l'article 1121. Il faut délimiter la portée de ce texte, et montrer que la clause d'association ne trouve aucun refuge dans cette disposition. L'exception aux principes généraux consacrée par l'article 1121 est des plus restreinte ; il affranchit certaines donations entre vifs des solennités édictées par l'art. 931, il les dispense des exigences de forme ordinairement requises ; mais jamais l'article 1121 ne soustrait ces donations spéciales aux conditions essentielles de fond de toute donation entre vifs (1).

Au dire de l'auteur du Répertoire, la clause d'association constitue une donation à cause de mort.

Notre Code n'admettant pas ces sortes de donation, c'est une raison décisive pour déclarer frappée de nullité la clause d'association.

La part de celui que nos anciens juristes appelaient l'associé, c'est-à-dire du tiers auquel l'époux institué a été chargé de remettre une portion de la succession de l'instituant, que deviendra-t-elle ?

(1) Colmet de Santerre, t. IV, n° 235 *bis*, VII ; Duranton, t. IX, n° 694 ; Tro-long, t. IV, n° 2361 ; Demolombe, n° 294, t. XXIII ; Laurent, n° 207, t. XV.

On a prétendu qu'elle devait accroître à l'époux institué. L'époux, d'après Delvincourt, aurait été gratifié intégralement de toute la succession, mais aussi avec la condition d'y associer un tiers pour une portion (1). L'article 900 répute cette condition non écrite, puisqu'elle est illicite ; elle tombe sous le coup de l'article 900. D'où l'on conclut que le conjoint institué profite seul du bénéfice de l'institution ; affranchie de cette condition prohibée, l'institution de l'époux devient pure et simple, elle demeure intégrale comme elle a été faite.

Merlin s'est emparé de cette déduction inadmissible d'un système qu'il combat ; il s'en est armé pour faire triompher son opinion que plus haut nous nous efforcions de battre en brèche.

D'après ce jurisconsulte, cette clause d'association est valable puisque l'on ne peut la déclarer nulle qu'en s'insurgeant d'une façon absolue contre les intentions de l'instituant, en les dénaturant. On gratifierait l'époux de l'intégralité de la succession, tandis que le disposant n'a voulu donner à cet époux qu'une partie seulement de cette succession. Et Merlin ajoute que cette conclusion de Delvincourt découle avec une entière évidence et une logique irrésistible de l'opinion qui déclare nulle la clause d'association.

Certes, si la nullité de la clause d'association devait entraîner les conséquences admises par Delvincourt, et que Merlin a su développer avec sa logique habituelle et son argumentation si déliée, cela pourrait nous donner à hésiter ; de plus les tiers associés étant le plus souvent les héritiers *ab intestat* de l'instituant, par exemple les frères ou sœurs de l'institué, il arriverait ainsi que cette insti-

(1) Delvincourt, t. II, p. 263, 264 ; Merlin, *loc. supra cit.*

tution aurait pour résultat de leur enlever la part héréditaire qu'ils devaient recueillir *ab intestat*, et que l'instituant voulait spécialement leur assurer par l'institution. Avec Delvincourt, les suites pratiques de notre système seraient des plus fâcheuses, mais nous allons faire apparaître la fausseté d'un semblable raisonnement déductif.

La clause d'association offre un caractère frauduleux ; on s'en sert pour éluder la loi et arriver indirectement à réaliser une institution contractuelle que l'on ne pourrait pas faire directement.

Il ne faut pas se méprendre sur le fait en lui-même, et soumettre l'opération à une rigoureuse analyse. L'article 900 n'a rien à faire avec la clause d'association, il n'est pas applicable ici. Cette charge d'association n'est nullement une condition mise à un legs, et pas même une charge. Le donateur a voulu faire deux institutions, l'une directe et légale, au profit de l'enfant qui se marie ; l'autre, indirecte et illégale, sous la forme d'une clause d'association ; telle a été son intention.

Non, il n'y a pas là une seule institution intégrale au profit de l'époux, sous la condition d'y associer un tiers ; il y a au contraire deux institutions distinctes. L'époux comme l'associé, c'est-à-dire chaque institué, n'est appelé, d'après l'intention du disposant, qu'à la part qui devrait lui appartenir, si la disposition était exécutée telle qu'elle a été faite.

Que trouvons-nous en fin de compte en décomposant l'opération ? Deux institutions contractuelles, l'une nulle, l'autre valable ; l'une sera non avenue, l'autre sera exécutée. Les biens compris dans la donation de biens à venir frappée de nullité resteront dans la succession *ab intestat* ; et, ainsi, on se conformera à la volonté de l'instituant. L'application de l'art. 900 frappant l'associé d'exclusion

de l'hérédité, le conjoint institué la recueillerait donc dans son entier ; mais nous le savons, il n'y a pas de condition, donc il ne faut pas faire appel à l'art. 900.

§ 5. Nullité.

Que faut-il penser de l'institution contractuelle qui n'est pas faite dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi ? Est-elle inexistante ou au contraire simplement annulable ? Les principes généraux des obligations, les idées fondamentales du sujet que nous nous sommes efforcé de dégager et de mettre en relief dans le cours de cette étude, permettent de résoudre assez facilement la question dans ses diverses applications pratiques. Si l'institution contractuelle était faite par acte sous seing privé ou par un acte authentique nul comme tel, elle serait nulle en la forme, c'est-à-dire inexistante d'après le droit commun.

Si elle n'était pas faite par contrat de mariage, nous aurions affaire à une convention sur une succession future, à un pacte successoire, n'étant pas dans les conditions voulues pour que la loi l'autorise, c'est-à-dire à quelque chose de prohibé ; nous pensons que ce pacte est même frappé d'une nullité absolue.

Le même motif nous amène à considérer comme nulle l'institution faite au profit de personnes autres que les époux et les enfants à naître de leur mariage.

Inexistante encore serait la donation de biens à venir au profit des enfants à naître avec exclusion des époux ; il n'y a pas de contrat sans consentement, et les enfants à naître ne peuvent pas consentir.

L'institution contractuelle serait simplement annulable.

si elle était faite par des personnes incapables, par exemple, une femme mariée sans autorisation maritale.

Mais lorsque l'institution contractuelle est annulable, dans quel délai les ayants droit doivent-ils agir en nullité ?

Si c'est le donateur incapable qui agit en nullité, comme il s'agit d'une demande intentée par l'une des parties contractantes, on devra appliquer l'art. 1304.

Mais si ce sont les héritiers légitimes du donateur qui agissent, pourra-t-on aussi leur opposer la prescription de dix ans ?

Oui, si les héritiers sont censés être parties à l'acte comme représentants du défunt ; en d'autres termes, si dans l'opération, suivant les termes de l'école : *sustinent personam defuncti* ; ajoutons qu'il en est ainsi en général ; les héritiers n'ont pas d'autres droits que leur auteur. Dans les actes à titre onéreux, les héritiers ont été représentés par leur auteur ; mais, quand il s'agit d'actes à titre gratuit que les héritiers attaquent en leur nom, ce principe reçoit exception. Dans ces actes de libéralité, par lesquels le défunt les a dépouillés des droits que la loi leur conférait, il ne saurait évidemment les représenter ! « C'est que cette » action-là, dans la main des héritiers, procède de la loi » elle-même qui leur défère la succession et qu'elle leur » appartient, non pas du chef du défunt, par voie de transmission, mais directement de leur propre chef (1). »

Dans l'action en nullité d'une institution contractuelle faite par le défunt, il s'agit bien en effet d'un acte à titre gratuit ; dès lors, on ne peut pas dire que les héritiers aient été représentés à l'acte par le défunt ; ils restent

(1) Demolombe, n° 296 *in fine*, t. XXIII.

donc sous l'empire du droit commun, leur action est régie par l'art. 2262 (1).

Quand la prescription commence-t-elle à courir ?

Les héritiers ayant un droit à eux propre qu'ils tiennent de la loi, il faut décider que leur action ne s'ouvre qu'au décès du donateur (art. 718) ; car, c'est seulement à cette époque que l'institution produit son effet.

C'est le droit commun qui régit le donateur ; aussi, s'il veut pour cause d'incapacité attaquer la donation, les termes de l'art. 1304 lui permettent d'agir à partir du jour où a cessé l'incapacité.

Un arrêt de la cour de Besançon, du 30 mars 1844, oppose à cette solution l'art. 2257, d'après lequel la prescription ne court contre une créance suspendue par une condition, que lorsque la condition s'est réalisée. C'est vouloir faire intervenir l'art. 2257 en dehors de sa sphère d'application ; ce texte n'a rien à faire avec l'hypothèse que nous étudions. Le donateur, en effet, n'a pas de créance contre l'institué ; il se contente de demander la nullité d'un contrat qui le lie et qui ne lui permet pas de disposer à titre gratuit ; rien du reste ne l'empêche d'intenter immédiatement son action ; son intérêt bien entendu l'invite à agir vite, s'il veut promptement recouvrer tous ses droits de propriété.

Puisque nous étudions les causes qui peuvent altérer dans sa validité juridique l'institution contractuelle, nous devons noter qu'aucune expression sacramentelle, qu'aucuns termes spéciaux et formalistes ne sont imposés pour sa perfection et son existence.

« La forme de l'institution d'héritier et des donations

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 259, note 36.

» de biens à venir, disait Chabrol, consiste uniquement à
» l'exprimer en termes intelligibles dans le contrat de
» mariage du donataire. »

Mais, quelle qu'en soit la forme, il faut que la disposition présente, au fond, les caractères constitutifs de la donation de biens à venir.

Ainsi, l'on se trouve en présence d'une donation qui, en tout ou en partie, porte sur la quotité disponible. Une semblable libéralité ne peut en effet valoir que comme institution contractuelle, puisque la quotité disponible ne pouvant être précisée qu'au moment de la mort du donateur, la disposition s'applique par cela même aux biens que le donateur laissera à l'époque de son décès.

Dans cette hypothèse, la libéralité est par sa nature une institution contractuelle, puisqu'elle a nécessairement pour objet les biens que le donateur laissera à son décès; ainsi le décide la cour régulatrice dans un arrêt du 12 juin 1832. (Rejet.)

Nous n'avons du reste pas à résoudre les questions d'interprétation qui peuvent être soulevées par l'obscurité et le vague des formules employées par les parties; en présence de mentions ambiguës, il faudra rechercher la volonté du disposant, s'éclairer par toutes les circonstances du fait.

Nous devons constater que la tradition coutumière nous a légué certaines expressions équivoques et peu heureuses que l'on rencontre encore dans les contrats de mariage de nos jours pour qualifier l'institution contractuelle, par exemple : *la promesse de garder succession, la reconnaissance ou déclaration d'héritier, etc.*

EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

A L'ÉGARD DE L'INSTITUANT

Nous devons d'abord résumer les idées de notre ancien droit sur ce point et étudier sur cette question les dispositions coutumières. A l'égard de l'instituant, l'irrévocabilité était le caractère le plus important de notre institution. C'est un contrat, or c'est le propre du contrat de ne pouvoir être dissous après sa parfaite conclusion. L'intérêt bien entendu des nouveaux conjoints ne pouvait pas permettre qu'un caprice malencontreux de l'instituant pût mettre à néant une libéralité qui était peut-être la seule ressource de la formation d'une nouvelle famille. (Arrêt du 3 août 1735. Plaidoyer de l'avocat général Chauvelin.)

L'irrévocabilité des convenances de succéder est consacrée par toutes les coutumes; nous lisons également dans l'ordonnance de 1747, titre I, art. 12 : « Voulons que les » dites institutions contractuelles soient irrévocables dans » tous les pays où elles sont en usage. »

Quelle était la portée juridique de cette irrévocabilité? quelles en étaient les conséquences par rapport à l'instituant?

Plus d'une différence apparaissait sur ce point selon les coutumes. Les unes, plus sévères, imposent une irrévocabilité absolue; d'autres, plus faciles, se prêtent à moins de rigueur et permettent de plus d'une manière d'éluder certaines conséquences de l'irrévocabilité.

Mais, dans toutes les coutumes, on interdit à l'instituant

de révoquer directement l'institution après le mariage des institués. « Celui qui a institué aucun son héritier en contrat » de mariage et en faveur des mariés ou descendants » dudit mariage, ne peut faire autre héritier par testament ou contrat subséquent, quel qu'il soit, au préjudice » de l'héritier ou héritiers institués audit contrat. » (Article 222, Coutume du Bourbonnais.)

De Laurière pensait que l'instituant pouvait après le mariage grever l'héritier institué d'une substitution en faveur de ses enfants ou parents collatéraux. Lebrun et Ricard, au contraire, d'accord en cela avec un arrêt du 31 août 1735 en faveur du duc de Villars, soutenaient qu'une telle substitution n'était pas permise. Postérieure à l'institution, elle porte atteinte à l'irrévocabilité de celle-ci ; donc, alors même que l'héritier institué y aurait donné son consentement, on doit la frapper de nullité. Nous disons qu'elle porte atteinte à l'irrévocabilité, parce que cette substitution est pour l'institué une charge, puisqu'elle l'empêche de disposer en maître absolu des biens substitués ; c'est une modification introduite *ex postfacto* à la libéralité primitive.

Mais il existait entre les coutumes de nombreuses et de profondes divergences dans les décisions, lorsqu'il s'agissait des dispositions particulières faites par l'instituant postérieurement à l'institution contractuelle. Nous lisons dans l'art. 320 de la coutume du Bourbonnais qui s'appliquait également dans le ressort de la coutume de Paris : « Institution d'héritier et pacte de succéder faits en » contrat de mariage, s'entend seulement des biens qui » se trouvent délaissés par le décès du disposant, et n'empêche ladite institution ou convention de succéder que » ledit instituant ne puisse aliéner ses biens par contrat » entre vifs. »

C'était une façon sage de comprendre les droits de l'instituant et de l'institué.

Dans ce système, l'institution contractuelle est un testament irrévocable, qui assure à l'institué dans son intégrité le droit abstrait de succession. L'institution contractuelle est irrévocable quant au titre d'héritier et non quant à la quotité de biens que procure ce titre ; et il est permis à l'instituant de faire subir à sa fortune des modifications, de l'augmenter ou de la diminuer. Si l'on se fût montré plus difficile à l'égard de l'instituant, jamais il ne se serait laissé aller à cette libéralité. Aussi la coutume du Bourbonnais et plusieurs autres permettent à l'instituant une administration de bon père de famille, de vendre, d'hypothéquer, de contracter de bonne foi, de créer des dettes, de faire quelques legs à titre particulier ou quelques libéralités entre vifs, pourvu que ce fût sans fraude. Dumoulin, sur l'article 222 de la coutume du Bourbonnais, nous dit : « *Sed non impeditur quædam* » *particularia legare; manente institutione in sua quota ;* » et ailleurs : « *Si donatio est universalis, vel quotæ successionis, non impedit quin titulo particulari donator* » *disponere possit inter vivos vel in testamento alias* » *quam per institutionem.* »

Nous venons de le dire, les dispositions à titre onéreux ou à titre gratuit, pour être maintenues, devaient être exemptes de fraudes. Au magistrat de savoir discerner ce caractère frauduleux. « Combien, disait Lebrun, y a-t-il » de secrètes nécessités qui obligent à vendre et à emprunter, de justes reconnaissances qui obligent à donner ! »

Ces principes, il faut le reconnaître, étaient excellents ; ils découlaient de la nature même de l'institution contractuelle qui est un don irrévocable de succession, c'est-à-dire

la donation non pas des biens présents, mais des biens qu'on laissera au jour de son décès.

La coutume d'Anjou (art. 245) restreignait beaucoup plus les droits du donateur ; il lui était interdit de rien aliéner de ce qui aurait appartenu à l'institué, si lui instituant fût mort au moment de l'institution.

Dans les pays de droit écrit on se montre fort ombreux à l'égard de l'instituant, on s'efforce de restreindre ses droits.

On l'avait considérée non comme un don de succession, mais comme une donation entre vifs de biens présents et à venir, ce qui était se méprendre sur sa nature juridique. De ce faux point de départ le parlement de Toulouse tira une conséquence fausse, et non contenue dans l'idée erronée d'assimiler l'institution contractuelle à la donation entre vifs : l'instituant ne peut ni aliéner ses biens, ni les hypothéquer, ni les donner à titre gratuit. Après sa mort, l'institué a le droit de demander l'annulation de toute disposition faite au préjudice de l'institution contractuelle. C'était oublier que le donataire de biens présents et à venir est obligé de respecter les aliénations consenties par le donateur lorsqu'il prend la libéralité au temps de la mort du donateur et le représente tel qu'il était à cette époque.

Furgole s'était efforcé de faire brèche à cette jurisprudence que les jurisconsultes des pays de droit écrit étaient loin d'approuver. « La décision des auteurs du parlement de Toulouse en cette matière, dit Furgole sur » l'ordonnance de 1731 (art. 13), n'est pas juridique » indistinctement et dans tous les cas, parce que l'institué est vrai héritier, qu'il représente le défunt en » l'état où il était au moment de sa mort, et qu'il est » tenu et garant de ses faits et promesses. »

Sous l'empire du Code civil, quels sont les effets de l'institution contractuelle à l'égard de l'instituant?

Le donateur s'étant proposé de laisser au donataire tout ou partie de sa succession, reste propriétaire et n'est pas dessaisi actuellement. Ce but que poursuit le donateur va nous permettre de discerner les effets de l'institution contractuelle qui tous en découlent logiquement. Nous voulons parler des effets que la donation de bien à venir produit durant la vie du donateur.

Au moment de la confection de la libéralité, il ne s'opère aucune transmission entre vifs, du donateur au donataire, de la propriété des biens qui forment l'objet de l'institution; jusqu'à son décès, le donateur conserve la propriété de tous ses biens, qu'il s'agisse de ceux qui lui appartiennent lors de la donation, ou de ceux qui dans la suite peuvent lui advenir. Aucun droit actuel n'est donc transmis à l'institué sur les biens qu'il ne recueillera que plus tard (1). Et cela, parce que si l'on continue à jouir de sa fortune durant sa vie, l'on sera peu hésitant à se montrer généreux pour un temps où l'on ne sera plus. La faculté de disposer à titre gratuit, tel est le seul droit dont l'instituant s'est irrévocablement dépouillé (art. 1083).

Le donateur restant propriétaire (arg. *a contrario* de l'article 1083) conserve le droit de disposer de ses biens à titre onéreux, directement ou indirectement, comme il le désire. Il peut vendre, échanger, contracter des emprunts, des obligations personnelles, constituer des hypothèques ou des servitudes, renoncer à une prescription acquise si, par cette renonciation, il s'acquitte d'une dette de conscience, et ne se permet pas une donation désor-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 260, note 39, p. 739; Bruxelles, 18 février 1822. Pasicrisie, 1822, p. 63.)

mais interdite (1). Il peut même, cela va de soi, dissiper ses biens.

La loi autorisant sans distinction toutes les aliénations à titre onéreux (art. 1083), le donateur peut aliéner non seulement pour un prix fixe et immédiatement exigible, mais encore moyennant une rente, soit perpétuelle, soit même viagère ou avec réserve d'usufruit.

L'aliénation moyennant une rente viagère ne laissera, il est vrai, dans la succession de l'instituant aucune valeur représentative du bien aliéné; en pratique, il est même arrivé que la vente comprenait tous les biens de l'instituant, ce qui réduisait à néant l'institution contractuelle. On ne saurait contester en droit la validité absolue de telles clauses, l'instituant ayant un pouvoir illimité de disposer de ses biens à titre onéreux. Il peut vendre ses biens, dissiper sans motif le prix de vente, les principes ne permettent pas d'objecter que c'est là une annulation de la donation de biens à venir, une révocation indirecte (2).

Mais comme il est de règle qu'il est interdit de faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement, l'instituant ne pourrait pas faire de libéralité sous la forme d'un contrat à titre onéreux, par exemple si le taux de la rente viagère était fixé si bas que la prétendue vente deviendrait une donation.

L'instituant pourrait-il renoncer au droit de disposer de ses biens à titre onéreux? Troplong n'hésite pas à répondre que oui; et le savant magistrat ajoute qu'il n'a aucun doute sur la validité de cette clause (3). Un arrêt a consacré cette manière de voir que l'on a, franchement,

(1) Demolombe, t. XXIII, n° 311.

(2) Rejet, 15 nov. 1836. (Dalloz, n° 2070.)

(3) Troplong, t. II, p. 327, n° 2349.

peine à comprendre et que tous les interprètes n'hésitent pas à condamner (1).

C'est se permettre un pacte prohibé sur une succession future, que de renoncer à la faculté d'aliéner ses biens présents et à venir, dans le but d'assurer les droits de l'héritier contractuel. Nous n'hésitons même pas à reconnaître, avec M. Laurent, que cette convention qui met les biens du donateur hors du commerce pendant toute sa vie, va à l'encontre de l'ordre public ; et ces biens sont hors du commerce, puisque l'instituant s'est enlevé le droit de les aliéner, et puisque l'institué lui aussi ne peut les aliéner puisque son droit ne s'ouvre qu'à la mort de l'instituant.

Troplong s'efforce de répondre avec une détestable raison à cette réfutation si plausible : l'instituant aurait pu faire une donation irrévocable de ses biens, ou les donner en se réservant l'usufruit ; pourquoi lui serait-il prohibé de se lier par une promesse qui le rapproche de l'usufruitier ?

Mais, il est absolument faux de dire que le donateur puisse donner irrévocablement tous les biens compris dans l'institution contractuelle ; s'il peut donner ses biens présents, il ne peut certainement pas donner ses biens à venir.

Troplong nous semble faire une grande confusion, en assimilant des conventions si différentes, en ne voyant pas ce qui les caractérise et les différencie profondément. Le donateur peut donner ses biens présents, ce qui rend le donataire propriétaire, ou encore donner avec réserve d'usufruit ; mais ces clauses licites sont profondément distinctes de celle que suppose Troplong et qu'il leur

(1) Toulouse, 18 janv. 1820. (Dalloz, n° 2074.)

assimile. Cet auteur valide la convention de s'interdire la faculté d'ordre public d'aliéner, c'est-à-dire la stipulation sur une succession future en dehors des cas où la loi la permet.

« La donation de biens à venir, dit M. Demolombe, » constitue une exception aux principes généraux du » droit privé (art. 791, 943); et elle ne peut en conséquence être admise que sous les conditions et dans les » limites que la loi elle-même y a imposées; en dehors » donc de ces conditions et de ces limites, elle devient un » pacte sur une succession future, qui tombe nécessairement sous la prohibition de l'article 791. »

Sous l'empire de l'ancien droit, il nous semble curieux de relever ces détails historiques qui sont une nouvelle confirmation de notre solution, dans certaines provinces, l'instituant ne pouvait pas aliéner, même à titre onéreux, les biens compris dans l'institution contractuelle, ou tout au moins les biens présents, c'est-à-dire ceux qui lui appartenaient à l'époque de l'institution (1). Mais cette règle, il ne faut pas s'y méprendre, ne fut jamais reçue que dans les seules provinces de droit écrit qui avaient vu s'introduire à regret une institution si opposée aux principes romains, et qui avaient pris à cœur de la dénaturer, en lui donnant le plus possible la physionomie de la donation entre vifs. Au contraire, dans les provinces coutumières qui seules connurent la véritable institution contractuelle, il était reçu à l'état de principe fondamental que l'instituant conservait le droit d'aliéner à titre onéreux (2).

(1) De Laurière, chap. iv, n° 8; Merlin, Rép., v° *Institut. contract.*, p. 8, n° 9; Duperrier, *Quest. notables*, liv. II, chap. vi.

(2) Pothier, n° 26, Introduction au titre xvii de la Cout. d'Orléans; Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, IV, XL; Auroux des Pommiers, sur l'art. 224 de la Cout. du Bourbonnais.

Le Code, nous le savons, a reproduit l'institution contractuelle des pays coutumiers ; les travaux préparatoires nous en fournissent même une nouvelle preuve ; nous lisons en effet dans l'article 148 du projet qui forme l'article 1083 : « Le donateur conserve jusqu'à sa mort la » liberté entière de vendre et hypothéquer, à moins » *qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en* » *partie.* » Or, précisément ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive.

Nous l'avons dit, ce qui constitue surtout l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, c'est que l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit, au préjudice de l'institué, des biens compris dans l'institution. Nous lisons en effet dans l'article 1083 : « La donation, dans la forme portée » au précédent article, sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre » gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est » pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

Donc celui qui a disposé de tous ses biens par institution contractuelle ne peut plus faire une nouvelle institution, puisque ce serait révoquer au moins en partie la première institution, l'instituant ne peut en effet dépouiller l'institué de son droit d'héritier par contrat (1).

Quelles que soient la nature, la forme et l'étendue des dispositions à titre gratuit que l'instituant pourrait faire ultérieurement, cette règle leur est applicable. Donc nulle distinction à faire entre les donations entre vifs et les testaments ; entre les donations ordinaires et les donations qui sont faites par contrat de mariage ; entre les libéralités déguisées et les libéralités ostensibles ; ni enfin entre les

(1) Bordeaux, 14 pluviôse an ix. (Dalloz, n° 2080-1°.)

legs universels ou à titre universel et les legs à titre particulier. En résumé, disposer *des objets compris dans l'institution*, au préjudice de l'institué, est absolument prohibé à l'instituant, et c'est l'institution d'héritier que la loi déclare irrévocable. (Art. 1083.)

Cependant la loi a apporté un sage tempérament à la rigueur de ce principe d'irrévocabilité, elle a suivi en cela les errements de notre ancien droit; le donateur pourra donc toujours disposer à titre gratuit *pour sommes modiques à titre de récompense ou autrement*. (Article 1083.) C'est une exception fondée sur la volonté tacite des parties contractants.

La modicité est une question de fait qui est laissée à l'appréciation du juge.

A titre de récompense *ou autrement*, c'est-à-dire à un titre analogue, soit pour présents ou cadeaux d'usage; dans l'ancien droit on citait d'habitude les legs pieux faits soit à l'Eglise, soit aux pauvres (1). Mais tout cela n'est permis qu'avec modération, c'est-à-dire sans aucun doute seulement à titre particulier : « Non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in sua quota, » disait Dumoulin (sur l'art. 222 de la coutume du Bourbonnais).

Ce jurisconsulte ajoutait (sur l'art. 31, titre XIV, de la cout. d'Auvergne : « Non potest dare cohæredem etiam » particularem, nisi ut legatarium vel donatarium certæ rei. » Le Code n'a donc pas dévié de la tradition en prohibant les donations à titre universel, même lorsqu'elles sont rémunératoires; et cela parce que l'instituant ne peut certainement pas révoquer, pas plus pour partie que pour le tout, le titre même qu'il a conféré; or, c'en serait une révocation qu'une institution à titre universel, dont le

(1) Coin-Delisle, n° 11, page 575.

résultat serait de fractionner le titre complet, qu'il avait conféré à l'instituant.

Mais l'instituant pourrait-il se réserver le droit de disposer à titre gratuit dans une proportion plus vaste ? En d'autres termes peut-il se réserver la faculté de disposer de certains objets compris dans l'institution ou d'une somme fixe à prendre sur ses biens ?

Cette clause, interdite dans les donations ordinaires parce qu'elle est contraire à la règle : donner et retenir ne vaut, est au contraire autorisée expressément dans les libéralités par contrat de mariage. (Arg. de l'art. 1086.)

En sens inverse, les motifs qui ne nous ont pas permis de croire qu'il pût s'interdire la faculté de disposer à titre onéreux, nous persuadent qu'il ne peut pas non plus s'interdire le droit de disposer à titre gratuit, même seulement dans la mesure permise par l'art. 1083.

Nous lisons dans un réquisitoire de l'avocat général Chauvelin (1) : « Les institutions contractuelles sont regar-
» dées comme des actes irrévocables ; elles ne sont plus
» susceptibles de nouvelles conditions et de nouvelles
» charges, parce que ces conditions et ces charges em-
» portent une sorte de révocation en ce qu'elles diminuent
» le bienfait Cette irrévocabilité est dans l'esprit de l'in-
» titution contractuelle. Deux familles s'allient, deux per-
» sonnes s'épousent avec des promesses et des assurances
» d'un bien proportionné à leur naissance et aux dignités
» qui les attendent. Il serait dangereux d'autoriser les
» donateurs à changer les droits de ceux qui se sont mariés
» sur les assurances qu'on leur a données dans un contrat
» solennel. »

(1) Merlin, Répertoire, au mot *Institution contractuelle*, sect. VIII, n° 6, t. XV, p. 259.

Nous n'hésitons pas à admettre comme étant conforme aux vrais principes cette solution de la question à résoudre ; si le donateur peut modifier les conditions et les charges sous lesquelles il a fait l'institution ; avec l'ancien droit, nous admettrons donc la négative. Seulement, ayons soin d'observer avec M. Laurent que Chauvelin ne donne pas, il faut le reconnaître, le vrai principe qui impose cette décision ; il met en avant le préjudice que les modifications causent aux institués, là n'est pas le motif de décider. La vérité, c'est que l'institution contractuelle est un contrat, et une des parties contractantes ne saurait à elle seule pouvoir en modifier les clauses ; il ne s'agit pas de savoir si ces changements occasionnent un préjudice pour l'autre partie ; il faut dire, avec l'article 1134, que les conventions tiennent lieu de loi et ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites.

EFFET DE L'INSTITUTION A L'ÉGARD DE L'INSTITUÉ

§ 1^{er}. — Pendant la vie du donateur.

« Il faut, pendant la vie de l'instituant, distinguer le » titre de l'émolument ; le titre est irrévocable ; quant à » l'émolument, il ne pourra être véritablement connu qu'au » décès (1). »

Ces paroles du tribun Jaubert nous semblent parfaites d'exactitude, nous admettons pleinement cette distinction.

(1) Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 484.

Le titre est la qualité d'héritier dont l'institué est investi par contrat et dont il ne peut plus être dépouillé par de nouvelles libéralités. L'émolument d'un héritier consiste dans les biens qu'il recueille; puisque le donateur reste propriétaire des biens compris dans l'institution, cet émolument n'est pas actuel. Y aura-t-il un émolument, oui ou non? On est dans une complète incertitude sur son existence pendant la vie de l'instituant, celui-ci pouvant disposer à titre onéreux comme il l'entendra. A l'époque du décès du donateur, on pourra enfin préciser cet émolument; nous sommes en présence d'une succession contractuelle qui ne s'ouvre qu'à ce moment, de même que toute succession. Nous arrivons ainsi à déterminer facilement la nature du droit que confère au donataire l'institution contractuelle.

Le donataire n'acquiert donc pas la propriété, mais un droit irrévocable en principe, il s'agit d'un droit à la succession du donateur; observons toutefois que l'on ne peut caractériser ce droit par analogie avec quelque autre droit. Il a surtout de la ressemblance avec celui de l'héritier réservataire, mais l'analogie n'est pas complète, le droit de l'institué contractuel étant plus énergique, puisque le réservataire n'a qu'une espérance, une loi nouvelle pouvant abolir la réserve ou la diminuer. Celui qui est institué héritier par contrat a un droit contractuel, c'est-à-dire un droit acquis qui ne peut lui être enlevé ni par le donateur, ni même par la loi, car la loi n'a pas d'effet rétroactif. La situation de l'héritier légitime non réservataire et celle du légataire est loin d'être aussi avantageuse, cet héritier et ce légataire n'ayant jamais qu'une espérance, qui peut à tout moment être réduite à néant par la volonté du disposant.

Cependant ce titre irrévocable d'héritier contractuel ne

donne à l'institué pendant la vie de l'instituant aucun droit aux biens qui composent le patrimoine de ce dernier ; de ce chef l'institué est comme un héritier. Mais tandis que le légataire doit respecter toutes les libéralités qui diminuent son legs, même lorsqu'elles l'annihilent, l'institué, à la mort du disposant, revendique les biens dont le donateur a disposé à titre gratuit, après les avoir donnés par contrat de mariage, et obtient l'annulation des donations. L'héritier contractuel a donc un droit conditionnel, puisqu'il dépend de la survie du donataire, sur les biens du donateur, celui-ci ne pouvant plus disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution.

L'institué n'ayant, comme nous venons de le voir, aucun droit à l'émolument durant la vie de l'instituant, ne peut, cela est de toute évidence, pas l'aliéner ; aucune hypothèque ni conventionnelle, ni judiciaire, ni légale, ne peut s'y asseoir du chef de l'institué, les créanciers de ce dernier ne peuvent pas le frapper de saisie. Enfin l'institué n'a encore aucune qualité pour contrôler ni attaquer, du vivant de l'instituant, les aliénations soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, qu'il pourrait faire.

Le droit de propriété de l'héritier contractuel ne s'ouvre donc qu'à l'ouverture de la succession. Ce droit ne rétroagit pas, l'institué est héritier avant l'ouverture de l'hérédité, mais il recueille les biens seulement après l'ouverture.

Entre cette succession contractuelle et la succession ordinaire, *ab intestat* ou testamentaire, il n'y a aucune différence ; donc, l'article 711 s'applique, la propriété des biens donnés est transmise au moment de la mort de l'instituant par l'institution contractuelle.

L'institué, nous le savons, n'est pas propriétaire pendant la vie de l'instituant ; il est donc impossible que son

droit de propriété rétroagisse au jour de son contrat ; car, s'il rétroagissait, l'institué serait propriétaire à un moment où l'instituant l'est encore ; le droit de propriété du donataire est exclu par le droit de propriété du donateur.

La donation lui assurant seulement la qualité d'héritier et ne lui donnant aucun droit actuel sur les biens, Duranton a fort justement déduit de ce principe que si l'institué faisait lui-même une institution contractuelle au profit de l'un de ses enfants, les biens dont il est héritier contractuel ne seraient pas compris dans l'institution, puisqu'ils ne sont pas dans son domaine ; ils appartiennent au donateur, et on ne peut ni donner ni léguer les biens d'autrui (1).

L'application du même principe, nous l'avons déjà dit, ne permet pas au donataire de demander la nullité des donations durant la vie de l'instituant, si cet instituant dispose des biens à titre gratuit. De même, l'action qui lui appartient après la mort du donateur en vertu de l'article 1083 est une revendication et non une action en nullité, car le décès du donateur l'a rendu propriétaire.

Mais si l'institué ne peut pas, du vivant de l'instituant, aliéner l'émolument, ne peut-il pas, au contraire, aliéner le titre ? En d'autres termes, l'institué peut-il, du vivant de l'instituant, céder son droit ou y renoncer ?

Les mêmes principes nous permettront de résoudre cette double question, vivement controversée à cause de la grande autorité doctrinale d'éminents auteurs (2) qui ne veulent pas se rallier à l'opinion la mieux fondée et généralement acceptée par le plus grand nombre des interprètes.

(1) Duranton, t. IX, n° 688, p. 686.

(2) Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 232 ; Benech, *de la Qualité disponible entre époux*, p. 449-451 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 264, note 55, n° 739.

Nous n'hésiterons pas, avec presque tous les auteurs, à nous prononcer pour la négative; l'institué ne peut pas du tout, pendant la vie de l'instituant, céder son droit ni y renoncer.

Aux termes de l'article 791, on ne peut, même par contrat de mariage, *renoncer* à la succession d'un homme vivant, ni *aliéner* les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession.

« On ne peut, dit également l'article 1600, vendre la » succession d'une personne vivante, même de son consentement » (ajout. l'article 1130, n° 2). C'est certainement *un droit éventuel à la succession de l'instituant*, que l'institution contractuelle confère à l'institué; or les textes que nous venons de citer condamnent formellement ces aliénations et ces renonciations. Renoncer à un droit contractuel, c'est l'aliéner; donc pour avoir le droit de renoncer, l'héritier doit avoir la faculté d'aliéner.

Du reste, analysons le droit du donataire; il est héritier, mais son droit ne s'ouvre qu'à la mort du donateur; c'est donc un droit de succession qui ferait l'objet de la vente et l'article 1600 défend la vente de la succession d'une personne vivante même de son consentement.

« On objecte, dit M. Laurent, que la succession du » donateur est vendue de son consentement, en ce sens » qu'il a consenti à instituer un héritier par contrat, de » sorte qu'il a mis, en quelque sorte, son hérédité dans le » commerce. Mais son consentement ne suffit point : quoi- » qu'il y ait un héritier, il n'y a pas d'hérédité, puisque » celui qui a institué un héritier vit encore; or tant que » l'hérédité n'est pas ouverte, elle ne peut être vendue. » Nous disons que le donateur a mis, *en quelque sorte*, » son hérédité dans le commerce; c'est à dessein que » nous employons une expression aussi vague; à vrai

» dire, la succession non ouverte ne peut être dans le
» commerce, la loi défend tout pacte successoire ; si elle
» déroge à une défense qui intéresse les bonnes mœurs, il
» faut limiter strictement cette exception aux termes de
» la loi. »

Nous sommes en face d'un pacte successoire non autorisé par la loi, il faut donc le déclarer nul.

MM. Aubry et Rau objectent que ce droit dérive d'un contrat, et qu'il est irrévocable.

La réponse est bien simple, les textes ne distinguent pas entre les droits éventuels à une succession qui dérivent de la loi, et ceux qui dérivent de la volonté de l'homme ; ils sont absolus et ne font aucune exception. Est-ce que, malgré son irrévocabilité, le droit de l'institué n'a pas le caractère d'un droit éventuel de succession ?

MM. Aubry et Rau insistent ; ce droit de succession est dès actuellement acquis à l'institué ; et, suivant eux, *c'est évidemment un droit de propriété, qui ne porte, toutefois, que sur des biens à venir.....*, mais qui n'en forme pas moins pour l'institué *un bien présent*, dont il pourrait, en conséquence, disposer, même par une donation entre vifs ordinaire.

Ces assertions nous semblent fausses.

Comment un droit à une succession non encore ouverte peut-il être un *droit de propriété* ? On ne saurait du reste concevoir *un droit actuel de propriété*, qui ne porte que *sur des biens à venir*, et dont l'institué, si toutefois l'institution s'ouvre, ne deviendra propriétaire que pour l'avenir, sans aucune rétroactivité dans le passé, à partir de la mort du donateur.

L'institué a seulement un droit éventuel à la succession future de l'instituant. Ce droit est irrévocable et conventionnel, ce qui ne saurait nullement en altérer le caractère

primitif. Il est peut-être inexact de dire qu'il y a là un droit de succession, car : *nulla viventis hæreditas*. Il est impossible qu'il se dise actuellement héritier, mais il a le droit de pouvoir le devenir lors de l'ouverture de la succession de l'instituant, avec la faculté, à ce moment-là, de renoncer ou d'accepter.

M. Colmet de Santerre a par des expressions heureuses énergiquement caractérisé le danger évident pour l'ordre public de l'application d'une telle solution : « Incertitude » sur l'époque de l'ouverture du droit ; incertitude sur le » chiffre du patrimoine ; partant, spéculation dangereuse » et immorale, parce que le cédant n'en peut apercevoir » les conséquences, et que le cessionnaire profite de ses » passions et de son aveuglement. »

Enfin, l'article 1395 qui édicte l'immutabilité des conventions matrimoniales après la célébration du mariage confirme l'opinion généralement admise.

Nous avons établi, comme un principe ne souffrant pas d'exception, que l'héritier institué ne pouvait renoncer à son droit du vivant de l'instituant, le texte de l'article 791 prononçant toujours la nullité de renonciation à la succession d'un homme vivant, sans distinguer quelle est la qualité du renonçant, s'il est successible en vertu de la loi, ou en vertu d'un testament, ou en vertu d'un contrat.

Des distinctions ont cependant été faites sur ce point spécial de la controverse, on a voulu faire brèche au principe absolu de nullité que nous admettons dans tous les cas.

On reconnaît que l'héritier contractuel ne peut renoncer au profit des héritiers *ab intestat* de l'instituant. On motive cette prohibition par cette idée : qu'il y a là une stipulation sur une succession future. C'est incontestable ; mais quoi qu'en puissent dire les auteurs de ces distinctions,

MM. Aubry et Rau, la raison de décider est la même, lorsque la renonciation est faite en faveur d'un donataire gratifié par l'instituant postérieurement à l'institution. Peu importe en faveur de qui on renonce, les textes prohibent absolument les pactes successores sans nous dire mot des exceptions qu'ont découvertes ces jurisconsultes ; ils réprouvent absolument toute renonciation à une succession non ouverte. La succession de l'instituant n'étant ouverte qu'après sa mort, lorsque ce donateur fait une libéralité après avoir institué un héritier et que celui-ci renonce au profit de nouveaux donataires, il renonce à la succession d'un homme vivant, ce que prohibe l'art. 791.

L'incertitude règne encore dans la jurisprudence ; cependant plusieurs arrêts de la Cour suprême ont fort nettement proclamé les vrais principes : « Si, dit une décision » de la Cour de cassation (1), ce droit est contractuel par » son origine, s'il est conditionnel et subordonné au cas » de survie du donataire, s'il est incertain dans son émolument, ces divers caractères ne l'empêchent pas d'être, » quant à ses effets, un véritable droit successif ne pouvant s'exercer que sur une hérédité. »

§ 2. — Après la mort de l'instituant.

1^o LES INSTITUÉS.

L'instituant mort, on peut être en présence de deux situations ; car, ou l'institution s'ouvre, ou elle est caduque. L'institution s'ouvre, lorsque l'époux ou les époux insti-

(1) Rejet de la chambre civile, 11 et 12 janvier 1853. (Dalloz, 1853, 1, 17 et 21.)

tués, ou, à leur défaut, les enfants ou descendants issus de leur mariage, survivent à l'instituant. (Art. 1089.)

L'institution contractuelle peut être faite au profit des deux époux ou de l'un d'eux ; si un seul des époux a été institué, son prédécès rend, en ce qui le concerne, l'institution caduque ; et il ouvre la vocation des enfants, s'il y en a, lors même que l'autre époux survivrait. Mais si les deux époux sont institués et que l'un d'eux prédécède, sa part accroîtra-t-elle à son conjoint ?

Le droit d'accroissement entre les époux codonataires est admis par presque tous les interprètes, lorsqu'ils ont été institués conjointement. On fait intervenir les articles 1044 et 1045 qui établissent au profit des légataires le droit d'accroissement lorsque le legs est fait à plusieurs con-

L'institution contractuelle peut-elle être garantie par une hypothèque conventionnelle, que l'instituant consentirait au profit de l'institué ?

Un arrêt relativement récent de la Cour de Paris, statuant sur une affaire des plus importantes, a admis la négative, et, selon nous, avec raison. (9 février 1875 ; Dalloz, 1875, 2^e partie, p. 133.) La Cour décide que le droit de l'institué ne peut pas être saisi ni vendu par ses créanciers, du vivant de l'instituant. Cela est de toute évidence, l'institution contractuelle ne conférant irrévocablement qu'une vocation dans une hérédité. (Art. 91, 1130, C. civ.) Nous nous sommes du reste efforcé de mettre en lumière ce point de droit, et, dans nos précédentes explications, nous l'avons développé. La Cour ajoute : « Considérant que de Ségur de » Lamoignon n'a pu valablement donner une hypothèque destinée à garantir » l'institution contractuelle, dont il est l'auteur ; que le caractère essentiel de » l'institution contractuelle étant de laisser à son auteur la parfaite liberté de jouir » de son patrimoine et d'en disposer à titre onéreux, est incompatible avec une » hypothèque de ce genre. » Si l'on accorde une hypothèque à l'institué pour le protéger contre l'usage illégitime que l'instituant se permettrait du droit de disposer à titre gratuit qu'il a perdu, ce serait porter atteinte au droit de disposer à titre onéreux qu'il a conservé.

Une hypothèque a été accordée à l'institué, et l'instituant aliène à titre onéreux l'immeuble hypothéqué, il le vend. Il est impossible que l'institué puisse maintenir et exercer son hypothèque à l'encontre de l'acheteur.

L'institué ne pourrait donc tirer profit de l'hypothèque que lui a concédée l'instituant que si l'aliénation avait lieu à titre gratuit. Une autre objection se présente alors naturellement à l'esprit : dans ce cas-là, que servira d'avoir une hypothèque, puisque l'institué a, contre les acquéreurs à titre gratuit, un droit bien plus avantageux, le droit de revendication ?

jointement. Mais si les interprètes s'accordent sur le principe, ils sont singulièrement désunis sur les motifs qu'ils donnent pour l'établir. Grenier invoque la tradition ; oui, l'accroissement était accepté par Ricard, Furgole, de Laurière (1) ; mais Auroux et Lebrun n'en voulaient pas. On ne saurait pas davantage admettre la prétendue raison de Toullier : de la volonté *présumée* du donateur, aucun texte ne nous permettant d'introduire une présomption dans la matière. D'autres commentateurs argumentent, d'après nous, bien peu juridiquement. Troplong dit que les institués sont des légataires parce que, à son avis, l'institution contractuelle est un testament irrévocable.

Nous croyons au contraire avec Coin-Delisle que les articles 1044 et 1045 ne sont pas applicables et que, par conséquent, en cas de prédécès de l'autre époux, l'époux survivant institué ne serait pas préféré aux enfants issus du mariage (2).

Sans aucun doute l'instituant a le droit de déclarer que si l'un des époux ne vient pas à l'institution, elle profitera pour le tout à l'autre. Mais que l'accroissement puisse se faire entre les époux en vertu des articles 1044 et 1045, c'est ce que nous nous refusons à admettre, ces textes n'étant écrits que pour des légataires, les époux institués héritiers par contrat étant au contraire des donataires.

Lorsque les articles 1044 et 1045 établissent le droit d'accroissement entre colégataires, ils se fondent sur une présomption ; on présume que l'intention du testateur est que si l'un des légataires fait défaut, sa part accroisse

(1) Ricard, *Part.*, III, n° 481 ; Furgole, *des Testam.*, chap. IX, n° 31 ; de Laurière, t. I, p. 262 ; Lebrun, *des Success.*, liv. III, chap. II, n° 12.

(2) Coin-Delisle, p. 561, nos 23-25, art. 1082.

à ses colégataires. Mais entre donataires aucun texte n'établissant d'accroissement, il ne saurait par conséquent être question d'accroissement légal. Toute donation faite à deux donataires se divise nécessairement. Ici, le donateur fait des héritiers par contrat, dès que la donation est parfaite, le titre d'héritier est donc acquis au donataire ; telle est la raison d'être de leur dénomination d'héritier contractuel. S'il y a deux héritiers contractuels, le droit d'hérédité se divise entre eux, comme entre les donataires se divisent les biens donnés par une donation entre vifs ; chacun sera donc héritier pour une moitié. Ce dernier résultat n'aurait pas lieu, en d'autres termes, l'hérédité ne se diviserait pas entre eux, si le donateur avait manifesté l'intention d'établir entre les époux le droit d'accroissement. Les présomptions, et c'est un principe de droit élémentaire, ne s'étendent pas d'un cas à un autre ; ici, pas de texte qui établisse la présomption d'accroissement. Toute exception aux principes devant être stipulée expressément, l'accroissement n'aura lieu entre époux qu'en vertu de la volonté du donateur expressément formulée.

Dans le cas de survie de l'époux ou des époux institués, et lorsqu'ils acceptent la succession de l'instituant, le droit éventuel des enfants s'évanouit, cela est évident ; désormais ils ne pourront recueillir les biens composant l'institution contractuelle, qu'autant que ces biens se retrouveront dans la succession de l'époux et qu'ils accepteront sa succession.

Le prédécès de l'époux ou des époux institués donne ouverture au droit éventuel des enfants ; c'est de leur propre chef, *jure proprio*, qu'ils sont appelés, comme institués eux-mêmes, à la succession de l'instituant ; aussi peuvent-ils la recueillir, lors même qu'ils auraient

renoncé à la succession de leur père ou de leur mère institués en premier ordre. La vocation des enfants devient donc caduque par la survie du donataire qui accepte l'institution.

Le droit des enfants étant le même que celui des époux est donc irrévocable ; les dépouiller du droit qu'ils tiennent de l'institution n'est possible ni au donateur ni au donataire ; ils auraient beau vouloir tous deux d'un commun accord apporter, en ce qui concerne les enfants, des modifications à l'institution, ils ne pourraient le faire, même en prétendant que les parties contractantes peuvent toujours résoudre leurs conventions ou y faire des changements. D'abord les enfants eux aussi sont parties au contrat. Puis il s'agit d'un pacte successoire, d'une convention exceptionnelle ; la loi qui permet de la former ne permet nullement de la modifier, encore moins de la résoudre, elle participe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales auxquelles elle est adhérente ; le consentement du donateur, du donataire et même des enfants, serait impuissant à produire des modifications ou la résolution (1).

Les enfants qui sont morts avant l'instituant, sans laisser eux-mêmes d'enfants, doivent être, relativement à l'institution contractuelle, considérés comme n'ayant jamais existé ; cela est bien certain. (Art. 725, 1039, 1089.)

Si au contraire ils ont laissé des descendants, que faut-il alors décider ? En d'autres termes, comment se règlent les droits des enfants quand l'un d'eux ou tous sont prédécédés laissant des descendants ?

Il s'agit de savoir si l'on fera intervenir la *représentation*, c'est-à-dire si l'on appliquera à l'institution contractuelle les règles qui régissent la succession *ab intestat*.

• (1) Duranton, t. IX, p. 688, nos 688-690.

Tous les auteurs enseignent l'affirmative que nous admettons ; mais, à notre avis, la vraie raison de décider ainsi c'est que dans l'ancien droit on reconnaissait universellement l'admission en cette matière de la représentation ; certaines coutumes la consacraient dans un texte ; les commentateurs la fondaient sur la volonté présumée du donateur. En pareille matière l'autorité de la tradition ne saurait être raisonnablement méconnue ; les rédacteurs du Code, dans l'art. 1082, n'appellent-ils pas à l'hérédité les enfants et les descendants ? Il peut donc y avoir concours entre des enfants du premier degré et des descendants d'un degré subséquent ; comment succéderont-ils ? Ici l'analogie est évidente et elle est en faveur de la représentation. Rappelons-nous cet adage de l'école : la tradition doit servir à interpréter le Code dans une matière traditionnelle.

Nous n'hésitons pas à condamner les motifs que certains interprètes donnent de notre solution à laquelle ils se rallient. Peu soucieux de la rigueur des principes, des auteurs se décident à cause des idées que le Code civil a établies en matière de représentation (1) ; ils étendent à notre institution les textes que l'on doit restreindre aux seules successions *ab intestat* ; ce sont les dispositions de la loi moderne qu'ils veulent généraliser, sans voir que leur manière de raisonner prête le flanc à plus d'une objection. Il faudrait au contraire écarter la représentation, si l'on devait résoudre le problème d'après les principes émis par le droit nouveau dans la représentation.

Le législateur ayant seul le droit de créer des fictions, on doit les interpréter strictement ; on ne saurait légitimement les étendre, les adapter aux hypothèses qu'elles ne

(1) Demante, t. IV, p. 490, n° 255 *bis*, IV ; Demolombe, t. XXIII, n° 328, p. 364.

prévoient pas textuellement; or, d'après la définition même du Code, la représentation est une fiction. En appliquant la représentation à la succession contractuelle, on l'admettrait dans des cas pour lesquels la loi ne l'a pas établie, puisque, dans les successions *ab intestat*, la représentation n'a lieu qu'à l'égard des descendants et des neveux et nièces; on oublie donc que l'institution contractuelle peut être faite par un étranger.

Faut-il étendre à la renonciation ce que la loi dit du prédécès; et, spécialement, les enfants sont-ils appelés à l'hérédité lorsque l'époux donataire renonce? En un mot, pour généraliser la question et prévoir dans une formule générale toutes les applications pratiques que l'on peut avoir à examiner, faut-il dire de la renonciation, soit de l'époux ou des époux institués, soit des enfants ou descendants substitués, ce que nous avons dit de leur prédécès, à savoir que la renonciation des uns, de même que leur prédécès, ouvre le droit des autres?

Coin-Delisle et M. Bonnet pensent qu'il faut restreindre la vocation des substitués au seul cas du prédécès des institués; et d'après nous, cette solution est excellente puisque le texte est très formel « dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire, — dans ledit cas de survie du donateur, dit l'art. 1082. » Les enfants sont appelés dans le cas où le donateur survit à l'époux donataire; au contraire, lorsque le droit s'est ouvert dans la personne du donataire et que celui-ci y renonce, ils ne sont point appelés; car le droit des enfants devient caduc par cela seul que l'époux donataire survit et exerce son droit. Nul doute que lorsqu'il renonce, de même que lorsqu'il accepte, l'époux donataire n'exerce son droit, ce qui fait disparaître le droit des enfants. On ne peut sérieusement opposer l'art. 1089 qui déclare que l'institution con-

tractuelle ne devient caduque que si le donateur survit au donataire et à sa postérité, l'art. 1089 prévoyant le cas de l'art. 1082, c'est-à-dire que la loi suppose le prédécès de l'époux donataire laissant des enfants ou des descendants.

2^o DROITS ET OBLIGATIONS DES INSTITUÉS.

Le disposant décédé, l'institué peut accepter le bénéfice de l'institution ou y renoncer ; mais, suivant la règle générale, le gratifié doit être capable au jour de l'ouverture pour recueillir ce droit successif. S'il accepte, il peut le faire, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire. (Arg. des art. 774, 775.)

On pourrait être tenté de méconnaître ce droit d'option ; l'héritier ayant déjà accepté dans le contrat de mariage, on pourrait se demander comment il se fait qu'il puisse encore renoncer ?

Oui, il a accepté ; mais qu'a-t-il au juste accepté : « *La* » faculté d'être héritier, s'il le veut, » selon l'heureuse expression de Boucheul (1). L'institution ne confère au gratifié que la seule qualité d'héritier ; c'est cette qualité qu'il a acceptée, il a donc les droits de tout héritier, *ab intestat* ou testamentaire ; comme eux aussi l'héritier contractuel doit donc pouvoir renoncer ou accepter.

La loi qui se tait sur la renonciation n'est naturellement pas plus explicite sur la forme dans laquelle elle peut ou doit être faite ; la Cour suprême a jugé, et il nous semble avec raison, qu'il ne fallait pas étendre l'art. 784 à l'héritier contractuel (2).

(1) Boucheul, *des Convent. de succéder*, chap. xxx, n° 27.

(2) Cassation, 24 nov. 1857. (Dalloz, 1857, 1, 425.

Mais après avoir accepté, l'institué peut-il renoncer et réciproquement peut-il accepter après avoir renoncé ? D'après la cour régulatrice la question doit être tranchée suivant les principes qui régissent les successions, l'héritier contractuel ayant un droit qui est en tout identique avec celui de l'héritier *ab intestat* (1) ; quand il a exercé son option, tout est fini, il a exercé son droit héréditaire, il ne peut donc plus revenir sur le parti qu'il a pris. Si par exemple il s'est prononcé pour la renonciation, il ne peut certainement plus accepter puisqu'il n'a plus de droit et qu'il est censé n'en avoir jamais eu.

Les héritiers contractuels ont certainement la saisine au point de vue de la transmission de la propriété, le gratifié devenant propriétaire à la mort de l'instituant. Aux termes de l'art. 711, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, et puisque l'héritier contractuel succède, il acquiert la propriété des biens qui composent l'hérédité du donateur, de même que l'héritier légitime, dès l'ouverture de l'hérédité, c'est-à-dire de plein droit, en vertu de la loi.

Mais les doutes sérieux commencent à s'élever et les auteurs se divisent lorsqu'il s'agit d'étendre à l'héritier contractuel la saisine quant à la possession ; et, pour préciser la question, quand et en vertu de quel titre s'effectue en faveur du gratifié la transmission de la possession ?

L'art. 724 n'accorde la saisine de la possession qu'aux seuls héritiers légitimes. Le légataire universel lui aussi a la saisine, mais dans un seul cas, lorsque, au décès du testateur, ce légataire universel ne se trouve pas en concours avec un héritier réservataire. (Art. 1006 et 1004.)

(1) Rejet, 11 et 12 janvier 1853. (Dalloz, 1853, 1, 17 et 21.)

Mais lorsque nous avons affaire à l'héritier contractuel, rien dans la loi ne vient nous renseigner explicitement.

Nous n'hésitons pas à lui refuser la saisine de la possession, car pas de saisine sans texte qui l'accorde formellement, puisque la saisine est la transmission qui s'opère en vertu de la loi au profit des successeurs universels qu'elle désigne. Pour qu'un successeur puisse prétendre à la saisine, il faut donc une disposition textuelle qui la lui concède.

Merlin et Chabot prétendent cependant que l'institué contractuel jouit de la saisine héréditaire légale parce que c'était un principe admis sans exception dans notre ancien droit, et cela même dans les pays de coutume où la volonté ne pouvait faire un héritier (1). « L'héritier contractuel étant un vrai héritier lorsqu'il accepte la succession, disait Pothier, il est censé *saisi*, de même que tout autre héritier, dès l'instant de la mort de l'instituant, suivant la règle : *le mort saisit le vif*; et il peut se mettre en possession de tous les biens qui en dépendent, sans en demander aucune délivrance. » (*Introduction au titre XVII de la cout. d'Orléans*, n° 23.) Nous lisons également dans Boucheul : « L'institué n'est pas obligé de demander la délivrance des biens compris dans son institution, mais en peut prendre la possession comme saisi de droit. » (*Des Conventions de succéder*, chap. xxix, n°s 21-2.) Il était décidé par le texte formel de plusieurs coutumes que l'héritier contractuel avait la saisine héréditaire légale comme l'héritier légitime (de Bourbonnais, art. 219; d'Auvergne, tit. XIV; de Nivernais, chap. xxvii, art. 12, etc.)

(1) Merlin, Répert., v° *Institut. contract.*, sect. x, n° 2 et sect. xi, n° 2; Chabot, *des Successions*, art. 724, n° 14.

Nous ne saurions admettre cette solution ; d'après les principes, la possession s'acquiert *corpore et animo*, aussi la saisine qui y déroge ne peut être accordée qu'à ceux auxquels la loi la concède expressément.

L'art. 724 se montre restrictif dans ce qu'il décide ; or il n'accorde cette saisine qu'aux seuls héritiers légitimes.

Sans doute, si l'on veut se placer au point de vue législatif et rationnel, le législateur aurait dû donner la saisine au donataire de biens à venir au même titre qu'au légataire universel. Dans une matière où tout est fondé sur la volonté du législateur, on ne saurait justement suppléer au silence de la loi par la seule autorité historique ; l'ancienne doctrine sur la saisine, la loi moderne ne l'a pas reproduite ; elle a dérogé à la tradition en ce qui concerne les successeurs irréguliers et les légataires universels (1) ; il ne faut donc s'en rapporter qu'à une stricte interprétation des textes actuellement en vigueur.

Lorsqu'il s'agit d'un donataire universel et lorsque l'instituant ne laisse pas d'héritier à réserve, MM. Aubry et Rau et Demolombe veulent que l'on applique l'art. 1006. Ces commentateurs prétendent que, de même que le légataire universel est saisi de plein droit, comme un héritier, lorsqu'il ne se trouve pas en concours avec des réservataires, de même le donataire universel de biens à venir doit aussi jouir de la saisine lorsque aucun héritier à réserve ne vient partager avec lui. Dans l'opinion contraire, nous dit-on, on semble oublier que notre ancien droit coutumier, qui refusait la saisine aux légataires, l'accordait au contraire aux donataires institués contractuellement. Puis, combien est grande dans ce cas l'analogie entre le légataire universel et le donataire universel par contrat de mariage ! Il y a

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 494, n° 256 bis, V.

même plus qu'analogie, le donataire étant appelé par un contrat a sans aucun doute un droit plus fort que le légataire (1).

Avec M. Colmet de Santerre nous répondrons à ce raisonnement : « Comme l'art. 1006 déroge au droit général » des héritiers, consacré par l'art. 724, il ne doit pas être » étendu hors de ses termes, qui s'appliquent seulement » aux legs et non aux donations. »

Quand il s'agit de droits qui ont leur fondement dans la loi, on ne raisonne ni par analogie ni a *fortiori*, sinon on ne commente pas la loi, mais on la crée de toutes pièces.

Ce ne fut qu'après des débats assez vifs que l'on étendit au légataire universel les avantages de la saisine ; on ne saurait donc raisonnablement donner à l'article 1006 une interprétation extensive, car primitivement l'on voulait restreindre aux seuls héritiers légitimes le bénéfice de la saisine.

Dans ce système que nous nous efforçons de ruiner, les fruits seraient acquis à l'institué d'après les principes de l'art. 1005.

Pour nous le gratifié a droit aux fruits bien qu'il n'ait pas la saisine et cela pour des raisons irréfragables déduites des principes généraux. Aux termes de l'art. 547, les fruits appartiennent au propriétaire ; il n'y a d'exception à ce principe que dans les cas où la loi accorde les fruits aux possesseurs ; mais les héritiers contractuels ne sont pas compris dans ces hypothèses exceptionnelles, les fruits leur sont donc acquis à partir de l'époque où ils deviennent propriétaires, c'est-à-dire du jour du décès.

Il faut encore faire intervenir les principes généraux,

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 267, note 66, 1, 739.

c'est-à-dire l'art. 547, lorsque l'institution contractuelle a pour objet une somme d'argent à prendre sur la succession du donateur. Au contraire MM. Aubry et Rau appliquent l'art. 1153, aux termes duquel les intérêts ne sont dus que du jour de la demande en justice. Cela nous semble inadmissible, puisque l'art. 1153 vise une obligation conventionnelle et suppose un créancier et un débiteur ; les donataires, eux, ne sont pas créanciers, mais ils sont héritiers, par conséquent propriétaires.

Les héritiers contractuels doivent-ils demander la délivrance des biens compris dans l'institution ?

Nous le croyons nécessaire. Sans doute les auteurs dont nous avons exposé plus haut la doctrine en nous efforçant de la réfuter et qui admettent dans l'institution contractuelle l'article 1006, se prononcent pour la négative. D'après eux le donataire de biens à venir universel qui n'est pas en présence de réservataire est saisi et n'a nul besoin de demander la délivrance.

Quant aux autres donataires, soit universels, lorsqu'il y a des héritiers à réserve, soit à titre universel ou à titre particulier, certains interprètes tout en admettant qu'ils ne jouissent pas de la saisine légale, ne leur imposent nullement de former une demande en délivrance. Eux aussi, disent-ils, ont une saisine, différente il est vrai, de la saisine des héritiers légitimes, mais qui les dispense de cette demande.

Sans doute ils sont saisis en tant que propriétaires, nous l'avons reconnu plus haut ; mais, nous l'avons dit, ils ne sont au contraire nullement saisis en tant que possesseurs. Que l'on nous exhibe un texte qui les gratifie de la saisine de la possession, et alors seulement nous les considérerons comme dispensés de demander la délivrance.

La loi étant muette sur l'acquisition de la possession par les gratifiés contractuellement, nous demanderons aux principes généraux la solution de la question. D'après l'art. 724, les successeurs universels qui ne sont pas en concours avec des héritiers légitimes et qui n'ont pas la saisine sont tenus de se faire envoyer en possession par justice. Les légataires non saisis doivent demander la délivrance de leurs legs à ceux qui ont la saisine.

Les successeurs non saisis ne peuvent donc pas se mettre en possession de leur propre autorité ; même lorsqu'ils sont armés d'un titre authentique comme les légataires, ils sont obligés d'intenter une action ; par conséquent, les héritiers contractuels doivent demander la délivrance des biens compris dans l'institution.

La nécessité de demander la délivrance est absolument corrélatrice avec la saisine légale, et suivant qu'ils ont ou qu'ils n'ont pas la saisine, les légataires ne doivent pas ou doivent demander la délivrance ; il en doit être de même des donataires de biens à venir. (Arg. tiré des art. 1006 et 1004.)

Les institués, d'après MM. Aubry et Rau, auraient été investis de la possession par l'instituant (1). C'est peu exact.

L'institution confère seulement au donataire la qualité d'héritier, et il est absolument impossible de concevoir que l'instituant transmette la possession de l'hérédité alors qu'il n'y a pas encore d'hérédité.

Toujours selon le jeu des principes généraux, les héritiers contractuels ne peuvent intenter les actions qui leur appartiennent que lorsqu'ils ont pu obtenir la délivrance ; par exemple, l'action dont ils sont armés (article 1083),

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 267 et suiv., et note 67.

lorsque le donateur a disposé à titre gratuit d'un objet compris dans l'institution.

Mais de quelle expression faut-il caractériser cette action contre les tiers ?

On ne saurait juridiquement la qualifier du nom d'*action en nullité*, puisque la donation ne peut être opposée à l'institué ; il n'a pas besoin d'en demander la nullité. A l'instar de l'héritier réservataire, le gratifié n'a pas à demander la nullité ou la rescision d'un acte qui lui est étranger ; et, puisqu'on ne peut lui opposer la donation, il en résulte qu'à son égard le bien aliéné par le donateur est toujours censé se trouver dans le patrimoine de celui-ci.

MM. Aubry et Rau la caractérisent par cette terminologie heureuse et exacte *d'action en restitution* (1) ; il réclame en effet la restitution des biens et des richesses comme l'héritier réservataire la réduction, par cette raison que les biens, en ce qui le concerne, sont, comme nous venons de le dire, réputés légalement n'avoir pas pu sortir du patrimoine du disposant. Cette assimilation de ces deux modes de poursuites judiciaires dont jouissent les légataires et les institués contractuellement semble parfaite d'exactitude aux bons esprits ; cette comparaison de l'action en réduction et de l'action en restitution leur paraît exacte, toutes deux sont une des formes de la revendication. De là il résulte que cette action en restitution est réelle et qu'elle entraîne l'anéantissement de toutes les aliénations, servitudes ou hypothèques, qui auraient pu être consenties par les tiers détenteurs. (Arg. des art 929-930.) De même, le jour de l'ouverture de la succession

(1) Besançon, 2 juin 1860 (Dalloz, 1861, 2, 60) ; Aubry et Rau, t. VI, p. 268, note 69 et p. 269, note 73.

est le moment à partir duquel elle s'ouvre ; enfin elle dure trente ans selon l'art. 2262, toute réserve faite de l'application des art. 2265 et 2279.

C'est toujours l'application du droit commun. La mort du donateur est donc le point de départ de la prescription, car c'est alors que s'ouvrent les droits des héritiers contractuels. Les héritiers peuvent actionner le tiers acquéreur si la chose a été aliénée par le donataire.

Les héritiers contractuels sont-ils tenus des dettes et comment ?

Silence absolu des textes sur la réponse à faire, donc appel nécessaire aux principes généraux.

Tout le monde s'accorde à reconnaître qu'aucune obligation aux dettes n'incombe aux successeurs à titre particulier, tandis que les successeurs universels ne sauraient s'y soustraire. De même que les légataires à titre particulier, les donataires de biens à venir à titre particulier ne sont en aucune façon obligés de payer les dettes de la succession ; nul doute aussi que cette obligation ne s'impose aux institués contractuellement universels ou à titre universel.

Mais sont-ils tenus seulement jusqu'à concurrence de l'émolument ou au contraire *ultra vires* ? Là commence le doute.

La même controverse s'élève au sujet des légataires ; aussi, il nous semble que l'approfondir et la discuter ici serait nous écarter de notre sujet. Nous venons de le voir, les interprètes établissent cette règle qui du reste nous semble très juridique : que la ressemblance est absolue entre les légataires et les institués contractuellement lorsqu'il s'agit de déterminer la part qu'ils doivent assumer dans le payement des dettes.

Un rapport intime existe entre la saisine et l'obligation

de payer les dettes *ultra vires*, les héritiers contractuels n'ayant pas la saisine ne peuvent donc être tenus des dettes qu'au prorata de l'émolument. C'est en effet seulement lorsqu'ils représentent la personne du défunt, c'est-à-dire lorsqu'ils jouissent de la saisine, que les successeurs sont obligés *ultra vires* envers les créanciers. (Arg des art. 724 et 802.)

Les héritiers contractuels sont-ils tenus des legs ?

Non en principe, le donateur ne pouvant pas faire de dispositions à titre gratuit, sauf dans des limites des plus restreintes. Concéder au donateur qu'il peut grever de legs le donataire, ce serait purement et simplement lui permettre de frapper de révocation l'institution contractuelle. L'art. 1083 lui concède simplement de faire des legs modiques à titre de récompense ou autrement.

A ce point de vue éclate une différence entre les héritiers contractuels et les légataires qui, eux, sont tenus des dettes et des legs comme les héritiers légitimes.

Ces legs modiques autorisés doivent être acquittés pour le tout par le donataire universel et par le donataire à titre universel jusqu'à concurrence de sa part héréditaire. Si l'on suppose en présence plusieurs donataires à titre universel, la contribution aux dettes leur sera imposée dans la proportion de leur émolument.

DE LA CADUCITÉ DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

L'institution contractuelle frappée de caducité ne s'ouvre pas, on doit alors la considérer comme non avenue et comme si elle n'avait jamais été faite.

Il est de principe général dans les donations faites en faveur du mariage qu'elles deviennent caduques lorsque le mariage en faveur duquel elles sont faites ne s'ensuit pas ; l'institution contractuelle (art. 1088) est soumise à cette règle. Elle est également atteinte de caducité lorsque le donateur survit au donataire et à sa postérité (art. 1089). Il est évident que ce mot postérité doit être restreint aux seuls enfants et descendants nés du mariage en faveur duquel a été faite l'institution. La renonciation de tous les institués amène le même résultat. Nous voulons parler d'une renonciation unilatérale comme celle que fait au greffe l'héritier *ab intestat*. Si cette renonciation était due à une convention, ce ne serait plus une véritable renonciation, mais une cession ; aussi l'institution subsisterait. Une semblable renonciation (art. 780) n'est qu'une acceptation.

La révocation est une nouvelle cause d'inefficacité ; la survenance d'enfant, mais non la cause d'ingratitude (articles 959, 960), la réalise de plein droit. Même solution dans le cas d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite ; ainsi le veulent dans ce cas les principes généraux.

Dans ces différents cas, l'institution contractuelle étant

censée n'avoir jamais existé, les biens qui la constituaient sont dévolus aux héritiers *ab intestat*, s'il n'y a pas d'autres donataires ou légataires. La caducité profite aux donataires postérieurs ou aux légataires, en ce sens qu'elle rend efficaces les dispositions faites à leur profit, qui auraient pu être, au contraire, inefficaces, si l'institution se fût ouverte, en tant qu'elles auraient porté atteinte aux droits de l'institué ou de l'héritier réservataire.

On a prétendu que lorsque la caducité résulte de la renonciation des institués, le bénéfice de l'institution devait accroître aux héritiers *ab intestat*, à l'exclusion des donataires postérieurs et des légataires ; et c'est dans l'art 786 que l'on a voulu puiser cette doctrine que la jurisprudence et tous les interprètes n'hésitent pas à répudier. L'art. 786 règle la situation de plusieurs héritiers légitimes en présence dont l'un renonce, ce sont des cohéritiers. Au contraire, ce ne sont plus des cohéritiers lorsqu'il y a des héritiers légitimes et des héritiers contractuels puisque les uns sont appelés par la loi et les autres par contrat. Quel que soit le motif de la caducité de l'institution contractuelle, renonciation ou prédécès, elle n'a jamais existé et n'a pas pu produire d'effet ; alors, la succession se règle comme s'il n'y avait jamais eu d'institution contractuelle. Les donataires et légataires recueillent les biens qui leur ont été donnés ou légués, car les libéralités étaient inefficaces uniquement dans l'intérêt des héritiers contractuels (1).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 272, note 92.

APPENDICE



DE LA PROMESSE D'ÉGALITÉ



Telle ou telle convention constitue-t-elle oui ou non une institution contractuelle? Le juge peut hésiter dans la réponse à faire; avec une sagacité peu commune dans les choses du droit, il peut être anxieux et douter. Il ne nous incombe aucunement de résoudre tous les cas qui peuvent se présenter devant les tribunaux, c'est l'affaire des praticiens; notre tâche doit se borner à exposer les principes, à les soumettre à la méthode analytique, à en tirer par des raisonnements déductifs les conséquences qui en découlent, puis à nous efforcer de les coordonner, de les soumettre à la méthode synthétique, afin de les grouper et de mettre en lumière leur enchaînement et les idées qui les dominent.

Toutefois il est une clause qui réclame de notre part certaines explications; elle soulève des difficultés doctrinales, ce sont les principes eux-mêmes qu'il faut appliquer sur lesquels notre ancien droit et les interprètes modernes sont incertains; le Code est muet à son égard; nous voulons dire la promesse d'égalité que l'on désigne aussi avec

les expressions de *réserve à succession* ou *d'assurance de part héréditaire*.

Un père a deux enfants : un fils et une fille ; il marie sa fille. Le futur époux redoutant que le père ne préfère plus tard son fils à sa fille et qu'il ne dispose par préciput, à son profit, de la quotité disponible, veut se mettre en garde et obtient dans le contrat de mariage la promesse de ce père qu'il maintiendra l'égalité entre ses enfants, entre sa fille et son fils ; et le père accédant à ce désir promet l'égalité à sa fille. Cet exemple nous semble bien préciser le caractère de la clause et le but que se sont proposé les parties dans une commune intention.

Quelle en est la portée au point de vue juridique ; y a-t-il bien là une véritable institution contractuelle ?

Nous avons là un pacte successoire, cela est bien certain, puisque la convention repose sur l'égalité qui devra exister entre les enfants dans la succession future de leur père. Celui-ci s'est interdit de pouvoir disposer de la quotité disponible, de manière à rompre l'égalité entre ses deux enfants. Puisque les exceptions sont de stricte interprétation, si nous ne reconnaissons pas que cette clause successoire est une institution contractuelle, nous nous verrons contraints de la déclarer nulle.

MM. Championnière et Rigaud lui dénie ce caractère et par conséquent se refusent à en reconnaître la validité parce que, disent-ils : « elle n'assure rien au futur (1). »

Une autre objection semblerait confirmer cette manière de voir de MM. Championnière et Rigaud. Il n'y a pas identité entre l'institution contractuelle et la promesse d'égalité.

Celui qui gratifie contractuellement un de ses enfants

(1) Championnière et Rigaud, t. IV, n° 295, *des Droits d'enregist.*

ne lui assure qu'une chose, la qualité d'héritier pour la part qui est fixée au contrat, mais il ne s'engage pas par là à maintenir l'égalité entre l'institué et ses autres enfants, il ne s'interdit pas de disposer de son disponible en avantageant l'un de ses enfants par une libéralité préciputaire ; si, comme nous l'avons supposé plus haut, il a deux enfants, il peut donner à l'un d'eux le tiers des biens qu'il laissera à son décès, à l'autre les deux tiers, en lui donnant un tiers par préciput.

Les effets de la promesse d'égalité sont au contraire plus étendus, puisque le père s'engage à donner une part égale à ses deux enfants. Cette clause n'a pas pour but direct d'instituer un héritier par contrat, c'est une renonciation au droit qui appartient au père de disposer de son disponible. Ne doit-on pas conclure que, puisque cette promesse dépasse l'institution contractuelle telle que la loi l'autorise, elle constitue un pacte successoire prohibé ; en un mot, cette reconciation n'étant pas reconnue formellement par un texte, n'en faut-il pas déduire qu'elle est interdite à titre de pacte successoire ?

Il nous semble cependant que la promesse d'égalité constitue bien véritablement une institution contractuelle, en tant qu'elle a pour but de garantir à l'institué que sa part héréditaire dans la quotité disponible ne sera pas donnée ou léguée, par préciput, à l'autre enfant du donateur.

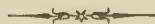
A MM. Championnière et Rigaud nous répondrons qu'elle assure parfaitement quelque chose au futur, puisqu'elle lui assure que le père ne pourra plus avantager l'autre enfant de la part qui doit lui revenir dans la quotité disponible. Le droit de disposer à titre gratuit est paralysé relativement dans les mains du père ; or c'est là précisément ce qui caractérise l'institution contractuelle. (Art. 1083.) Cette paralysie, il est vrai, n'est que relative ; aussi Bou-

cheul (chap. v, n° 1) dit de cette clause qu'elle est : « une » espèce d'institution contractuelle. »

L'institution contractuelle implique également une renonciation à la faculté de disposer de la quotité disponible. Toute donation de biens à venir contient une renonciation de disposer à titre gratuit au préjudice de l'institué. Pourquoi cette renonciation ne pourrait-elle pas se faire sous forme de promesse d'égalité, puisqu'elle peut se faire sous forme d'institution d'héritier ? Nous l'avons déjà dit, aucun formalisme dans l'expression, aucun terme sacramentel n'est imposé pour la validité de l'institution d'un héritier par contrat ; les parties contractantes peuvent modifier cette institution ; or, dans la promesse d'égalité nous avons affaire à une de ces modifications. L'enfant à qui il fait cette promesse, le père, il est vrai, ne l'institue qu'indirectement ; il ne le gratifie de rien en apparence ; dans la réalité des choses, il lui assure sa part héréditaire dans les biens qu'il laissera à son décès, en s'interdisant de donner le disponible à son préjudice ; or assurer à un enfant sa part héréditaire, c'est bien l'instituer héritier pour cette part. Cette clause est donc valable en tant qu'elle est une des formes ou des modifications sous lesquelles peut se faire l'institution contractuelle. Mais, comme l'a parfaitement décidé la cour de Bruxelles, pénétrer l'intention des parties, la découvrir est le seul *criterium* sûr qui permettra de décider s'il faut oui ou non la maintenir (1).

(1) Bruxelles, 23 nov. 1833. (Pasicrisie, 1833, 2, 243.)

POSITIONS



DROIT ROMAIN

- 1° L'ancienne Rome sut reconnaître certaines règles primordiales du droit international.
- 2° Jamais les fétiaux, même dans les temps les plus reculés, ne se confondirent avec les récupérateurs.
- 3° Il n'y avait pas en droit romain, comme dans notre Code, une disposition n'admettant à la cession de biens que les débiteurs malheureux et de bonne foi.
- 4° Primus livre une somme d'argent à Secundus dans l'intention de lui faire une donation, Secundus la reçoit à titre de prêt; Primus revenant sur sa donation avant que les deniers soient consommés, n'aura pas l'action en revendication, mais seulement une *condictio*?
- 5° L'exécution *manu militari* du *jussus judicis* apparut avec la *formula petitoria* et subsista pendant toute la durée du système formulaire.

- 6° Un mineur a éprouvé un préjudice par suite d'une opération accomplie par son curateur qui, par exemple, a aliéné des biens dont la loi autorise la vente; je suppose que le curateur offre toutes les garanties de solvabilité désirable pour indemniser le mineur, le mineur ne pourra pas obtenir contre le tiers la *restitutio in integrum*.

DROIT FRANÇAIS

- 1° L'instituant dans la donation de biens à venir ne peut pas renoncer au droit de disposer de ses biens à titre onéreux.
- 2° L'institution contractuelle n'est pas née dans la Constitution 19 au Code *de Pactis*.
- 3° La donation de biens à venir ne peut être faite que par un contrat de mariage ou par un acte qui se réfère à un contrat de mariage antérieur, conformément aux art. 1396 et 1397.
- 4° L'enfant naturel reconnu ne peut pas être adopté par son père ou par sa mère.
- 5° Un jugement étranger n'a pas en France force de chose jugée.
- 6° Le préciput n'est pas une libéralité quant au fond, et les enfants d'un premier lit sont seuls admis à en demander la réduction quand il dépasse la quotité disponible.
- 7° Le mariage peut être prouvé par témoins lorsque l'acte n'a pas été rédigé par suite du décès de l'officier de l'état civil arrivé immédiatement après la célébration.

DROIT PÉNAL

- 1^o Le duel n'est pas puni par le Code pénal.
- 2^o Lorsqu'un accusé est jugé par contumace, la Cour peut déclarer qu'il existe des circonstances atténuantes.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- 1^o Un parlement doit se composer de deux chambres, et les membres de la chambre haute ne doivent pas être nommés par le chef de l'Etat.
- 2^o La souveraineté nationale reconnue n'implique nullement le système du gouvernement direct.

Vu :

Le Doyen,

VILLEQUEZ.

VU ET APPROUVÉ :

Les Membres de la Commission,

H. GUÉNÉE, A. WEISS, P.-L. LUCAS.

Permis d'imprimer.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

LES RÉCUPÉRATEURS (DU JUDICIUM RECUPERATORIUM)

CHAPITRE I^{er}. — Origine du *judicium recuperatorium*. — Idée que les Romains des premiers temps se faisaient du droit des gens. 5

CHAPITRE II. — Les traités entre Rome et les nations étrangères. — Ils ne sont pas tous de même nature. — Célèbre convention de 261. — Alliance des Romains avec les Latins et plusieurs autres peuples. — Relations juridiques des cités confédérées. — L'*isopolititia*, le droit de *municipium*. — On établit la juridiction internationale des récupérateurs 12

CHAPITRE III. — Cette juridiction des récupérateurs répondait à des besoins pratiques incontestables. — Importante définition du jurisconsulte *Ælius Gallus*. — On ne saurait fixer l'époque précise de la naissance de ces juges. — Plusieurs traités consacrent le *judicium recuperatorium*. — Procédure primitive suivie devant ce tribunal. — Les fétiaux siègent *in jure*, les récupérateurs *in judicio*. — Pourquoi l'on exigeait trois récupérateurs? — *Criterium* qui permet de reconnaître quel tribunal est compétent. — Rapidité de la justice, l'affaire est terminée en dix jours. — Usage des formules et de dix témoins. 30

CHAPITRE IV. — Comment faut-il interpréter certains textes qui ne parlent que d'un seul récupérateur et non de trois? — Immense transformation du *judicium recuperatorium*. — Disparition des anciens municipes. — Au préteur pérégrin incombe désormais d'organiser l'instance. — Autre principe de compétence : *Actor sequitur forum rei*. — Nouveau système de nomination des récupérateurs. — Mécanisme de la

procédure. — Ce sont des *judicia privata imperio continentia*. — Formules *in factum*. — La juridiction des récupérateurs suggère l'heureuse idée de substituer le système formulaire aux actions de la loi 70

CHAPITRE V. — Le préteur donne les récupérateurs dans certains procès où les plaideurs sont tous deux citoyens. — Il s'agit toujours de débats ayant un caractère public et devant être promptement terminés 82

DROIT FRANÇAIS

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

Section I. — Origine historique.

La donation de biens à venir est d'origine germanique ; selon la législation romaine l'institution d'héritier ne pouvait avoir lieu que par testament, et les jurisconsultes semblent s'être peu préoccupés de favoriser le mariage 87

Section II. — Droit coutumier.

- § 1^{er}. — Des lois barbares à la féodalité 98
§ 2. — L'époque féodale 107
§ 3. — L'ancien droit français 115
§ 4. — Période du droit intermédiaire 119

CODE CIVIL

NOTIONS GÉNÉRALES

- § 1^{er}. — Utilité incontestable de l'institution contractuelle 121
§ 2. — Sa nature juridique 124

CONDITIONS DE VALIDITÉ

- § 1^{er}. — Forme de l'acte par lequel peut avoir lieu la donation de biens à venir. 132
§ 2. — Quels biens l'institution contractuelle peut-elle comprendre? 140
§ 3. — Qui peut faire une institution contractuelle? 151

§ 4. — Au profit de qui l'institution contractuelle peut-elle être faite ?	157
§ 5. — Nullité.	183
EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE A L'ÉGARD DE L'INSTITUANT	187
EFFET DE L'INSTITUTION A L'ÉGARD DE L'INSTITUÉ.	
§ 1 ^{er} .— Pendant la vie du donateur	198
§ 2. — Après la mort de l'instituant	205
1 ^o Les institués	205
2 ^o Droits et obligations des institués	212
DE LA CADUCITÉ DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE.	222

APPENDICE

DE LA PROMESSE D'ÉGALITÉ	225
POSITIONS	229

